Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

am 29. April 1901, Vormittags $11^1/_4$ Uhr

in der Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

Max Steinitz

Referendar in Breslau.

ACAD. LAND RAT BIBL.

Opponenten:

Herr Rechtsanwalt **Dr. Bandmann**, Herr Referendar **Dr. Schweitzer.**

BRESLAU, 1901.

Druck von Th. Schatzky, Neue Graupenstrasse No. 5.

Seinen geliebten Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0168

Inhaltsverzeichnis.

Erste Abteilung.
Historischer und rechtsvergleichender Teil.

Erster Abschnitt.

Das römische Recht. Seite

§ 1. Die Entstehung der ädilicischen Klagen 7
§ 2. Die Voraussetzung der ädilicischen Klagen 10

Zweiter Abschnitt.

§ 3. Germanisches Recht 16

Dritter Abschnitt.

§ 4. Gemeines Recht 19

Vierter Abschnitt.

§ 5. Die in- und ausländische Gesetzgebung der Neuzeit 25

Zweite Abteilung.
Dogmatischer Teil.

Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 6. Vorbemerkung 34

Erster Abschnitt.

§ 7. Die Rechte auf Wandelung und Minderung 35

Zweiter Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung.

§ 8. Die Rechtsgeschäfte 42
§ 9. Die Objekte 49
§ 10. Die Mängel der Sachen 50
§ 11. Der entscheidende Zeitpunkt 56
§ 12. Umstände, die die Gewährleistung ausschliessen 59

Dritter Abschnitt.

§ 13. Die Besonderheiten bei der Vertretung von Viehmängeln . . . 62

Erste Abteilung.

Historischer und rechtsvergleichender Teil.

Erster Abschnitt.

Das römische Recht.

§ 1. Die Entstehung der ädilicischen Klagen.

Im ältesten römischen Recht war der Käufer gegen die Nachteile, die ihm aus dem Kauf einer mangelhaften Sache erwuchsen, nur in geringem Masse geschützt. Wie nämlich bei Cicero, de off. III, 16 § 65 überliefert ist, hatte der Verkäufer zur Zeit des Zwölftafelgesetzes nur dann für Mängel einzustehen, wenn er deren Abwesenheit ausdrücklich durch eine Stipulation[1]) versprochen hatte. Eine Verpflichtung jedoch, ein solches Versprechen abzugeben, bestand keineswegs. Kannte der Verkäufer also geheime Fehler seiner Ware, dann liess er sich wahrscheinlich nicht zu einer derartigen Stipulation bewegen. Der Käufer war gezwungen, sich an einen anderen Händler, bei dem er derselben Gefahr ausgesetzt war, zu wenden oder auf das Versprechen der Fehlerfreiheit zu verzichten. So lange die Verhältnisse noch einfache waren, jeder seine Bedürfnisse zum grössten Teile durch Selbstproduktion

---

[1]) Solche Stipulationen sind uns noch bei Varro, de re rustica erhalten. Vgl. Bruns, fontes, S. 310. — Nach Bechmann, Der Kauf, Bd. I, S. 234—299, soll die obenerwähnte Stelle bei Cicero: „nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata“ dahin zu verstehen sein, dass es sich in ihr nicht um Zusätze zur Mancipation, sondern um Stipulationen handelt. Für diese Ansicht sprechen die bei Varro, a. a. O. II, 10, 5 angeführten, gewöhnlich beim Kauf geschlossenen Stipulationen. Vgl. auch Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, Bd. I, S. 43.

befriedigte, musste und konnte man sich wohl oder übel damit abfinden, bei einem Kaufe möglicherweise betrogen zu werden. Sobald sich aber die Verhältnisse änderten, ein wirklicher Tausch- und Kaufverkehr sich entwickelte, musste auch Schutz vor Betrug geschaffen werden. Es geschah im Wege des Gewohnheitsrechtes durch die römische Jurisprudenz. Sie stellte den Satz auf: absichtliches Verschweigen von Mängeln zieht die Haftung des Verkäufers mit der Kaufklage nach sich.[2])

Für den Verkehr der Privatleute unter einander genügte dieser Satz, um einer Übervorteilung des Käufers vorzubeugen, nicht aber für den Markt. Denn hier war die Lage des Käufers oft eine recht missliche: man denke sich nur einen unerfahrenen Käufer, etwa einen Bauern, und ihm gegenüber den gewandten, nur auf seinen Vorteil bedachten Geschäftsmann[3]). Auf eine Stipulation brauchte er sich nicht einzulassen — wusste er doch, dass kein noch so gefährlicher Konkurrent auf eine solche eingehen würde — eines Betruges ihn zu zeihen, war leichter gesagt, wie gethan. Musste doch der Käufer den Betrug beweisen.

Da kam dem Käufer Hülfe von der Obrigkeit. Diejenigen Beamten, die den Markt am besten kannten — lag ihnen doch die Marktpolizei und die Jurisdiktion in Marktsachen ob — die kurulischen Ädilen, traten für den Käufer ein[4]). Sie meinten, der Käufer sei nur dann vor Schaden geschützt, wenn der Verkäufer jeden Fehler zu vertreten habe. Um das zu erreichen, zwangen sie nunmehr den Verkäufer, bei jedem Verkaufe die Fehlerlosigkeit seiner Ware durch Stipulation zu

---

[2]) Cicero, a. a. O. III, 16 § 65: a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Ursprünglich galt der Satz nur für Grundstücke, wie der Eingang der Stelle beweist. Später fiel diese Beschränkung fort. Vgl. l. 13 § 1 D. de actione emti venditi 19, 1. l. 1, § 9 i. f. D. de aed. ed. 21, 1. Cicero, a. a. O. III, 16 § 66. Pernice, Labeo, Bd. II, S. 84 ff. Bekker, Aktionen, Bd. I, S. 163 ff.

[3]) l. 44 § 1 i. f. D. de aed. ed. 21, 1: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.

[4]) In dem sogenannten ädilicischen Edikt tit. D. 21, 1; C. 4, 58. — Über die mutmassliche Entstehungszeit des Edikts vgl. Bechmann, a. a. O., S. 396 ff.; Hanausek, a. a. O. Bd. I, S. 20.

versprechen[5]). Wurde dieser Vorschrift nicht genügt, so standen dem Käufer zwei Wege offen: eine Klage auf Aufhebung des Kaufes innerhalb zweier Monate nach Geschäftsschluss oder eine Klage auf das Interesse des Käufers[6]) in sechs Monaten. Dieser Zwang zur Eingehung von Stipulationen bei jedem Marktkauf führte vermutlich schliesslich dahin, dass der Verkäufer auch nach Ädilenrecht für die von ihnen im Edikt bestimmten Fehler zu haften hatte[7]), auch wenn die Stipulationen nicht beim Kaufabschlusse oder später innerhalb der oben erwähnten Fristen erfolgt waren. Dem lag wohl der Gedanke zu Grunde, der Verkäufer habe die Mängel des verkauften Gegenstandes gekannt oder vielmehr kennen müssen[8]). Damit wird auch die Fassung des Ediktes bei Gellius, Noctes Atticae IV, 2 und die wenig abweichende in l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1 begreiflich, in denen es dem Verkäufer geradezu zur Pflicht gemacht wird, etwaige Mängel anzusagen. Verstiess der Verkäufer hiergegen, so hatte der Käufer zwei Klagen: einmal wiederum eine Klage auf Aufhebung des Kaufes, aber mit längerer Verjährungsfrist — sechs Monate — die sogenannte actio redhibitoria[9]), ferner mit einjähriger Verjährungszeit die sogenannte actio quanti minoris[10]). Ihr Zweck ist Preisminderung um den Betrag, den der gekaufte Gegenstand weniger wert ist, als man beim Kaufabschlusse angenommen[11]).

---

[5]) l. 28 D. de aed. ed. 21, 1: S venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses vel quanti emtoris intersit intra sex menses. Die Stelle ist wahrscheinlich nur durch ein Versehen in die Kodifikation Justinians aufgenommen. Sie deutet nur eine Entwickelungsetappe des ädilicischen Rechts an und ist jedenfalls im justinianischen Recht unpraktisch, da sonst eine derartige Bestimmung in die Neuredaktion des Ediktes hätte aufgenommen werden müssen.

[6]) Über diese Klage, deren Charakter bestritten ist, vgl. Cuiac. t. 9, S. 396 B. Lenel, Edictum perpetuum, S. 442, n. 2. Bechmann, a. a. O. S. 406.

[7]) Gleichgültig, ob sie ihm selbst bekannt waren oder nicht.

[8]) Cicero, de off. III, 17 i. f.: Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis praestat edicto aedilium.

[9]) l. 1 § 1, l. 19 § 6, l. 21 pr., l. 23 § 7, l. 38 pr. D. de aed. ed. 21, 1. l. 2 C. de aed. act. 4, 58.

[10]) l. 19 § 6. l. 38 pr. D. h. t. 21, 1.

[11]) l. 61 D. eod. l. 32 § 1 D. de evict. 21, 2.

Die Berechnung der Fristen war eine utile[12]), d. h. der Kaufabschluss bildete zwar den Beginn der Verjährung, entschuldbare Nichtkenntnis der Mängel durch den Käufer hinderte aber deren Lauf.

§ 2. Die Voraussetzungen der ädilicischen Klagen.

Als Voraussetzungen der Klagen nennt das Edikt zunächst eine gewisse mangelhafte Beschaffenheit der verkauften Sache, Nichterfüllung der Zusicherung von Eigenschaften, mögen sie in der Fehlerfreiheit oder in dem Vorhandensein von Vorzügen bestehen, und den Betrug des Verkäufers[13]). Jedenfalls ist die letztere Bestimmung erst ein späterer Zusatz. Denn in der ursprünglichen Gestalt des Ediktes war auf die Kenntnis der Mängel durch den Verkäufer keine Rücksicht genommen. Er haftete, mochte er in betrügerischer Absicht oder aus Unkenntnis geschwiegen haben, immer und zwar in gleicher Weise. Es handelt sich mithin, da die Haftung wegen dolus im Edikt keine besonders verschärfte ist, nur um eine, wahrscheinlich durch das Civilrecht veranlasste, gänzlich überflüssige Wiederholung[14]).

Auch die Vertretung nicht erfüllter Zusagen[15]) scheint, wie Dernburg aus der Wortfassung im corpus juris schliesst[16]), erst später dem ursprünglichen Edikte angegliedert zu sein. Hierbei lag aber der Gedanke zu Grunde, das

---

[12]) l. 19 § 6. l. 55 D. de aed. ed. 21, 1. Vgl. auch Basil. lib. XIX, t. 10, l. 55.

[13]) l. 1 § 1 D. eod.

[14]) Vgl. Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio S. 174.

[15]) Das Gesetz kennt 2 Arten: dicta und promissa. Erstere sind einfache Äusserungen, letztere formelle oder formlose Versprechen. l. 19 § 2 D. de aed. 21, 1. Vgl. l. 52 D. eod. Nicht verpflichtend sind blosse Anpreisungen. l. 43 pr. D. de contr. e. 18, 1. l. 19 pr. § 3 D. de aed. ed. 21, 1.

[16]) Festgaben für Heffter S. 130, 131. Fraglich dagegen kann es erscheinen, ob nicht die bonafides Natur der actio emti schon vor dem Edikt eine Haftung wegen dicta et promissa zuliess. Nach dem Stande der Quellen wird sich die Frage kaum entscheiden lassen. So auch Bechmann, a. a. O., Bd. I, S. 409, Anm. 2, Hanausek, a. a. O., Bd. I, S. 45, Anm. 3, während Windscheid, aber ohne nähere Angabe von Gründen, eine Übernahme der civilrechtlichen Bestimmungen in das Edikt behauptet. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II § 393, Anm. 2.

Geltungsgebiet des Ediktes zu erweitern. Denn während bisher nur Mängel die ädilicischen Klagen begründeten, standen sie dem Käufer nunmehr auch zu, wenn ihm eine wertsteigernde Eigenschaft etwa zugesichert war.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass wahrscheinlich den ältesten Teil und mithin das eigentliche Edikt die Haftung für mangelhafte Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes bildete. Es fragt sich nun, was darunter zu verstehen ist. Die Antwort erhält man, wenn man den Eingang des Ediktes betrachtet. Es ist dort dem Verkäufer die Pflicht auferlegt, anzuzeigen quid morbi vitiive cuique sit. Liegt also ein morbus oder vitium, beide Ausdrücke haben übrigens in den Quellen die gleiche Bedeutung, bei der Kaufsache vor, so ist die Haftung des Verkäufers gegeben. Die Wahl der Ausdrücke erscheint auf den ersten Blick etwas erstaunlich, sie wird aber begreiflich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass sich das Edikt ursprünglich, entsprechend der Zuständigkeit der Ädilen, auf Marktware, d. h. auf Sklaven und Spannvieh bezog[17]). Erst später wurde es auf sämtliches Vieh ausgedehnt[18]). Nach diesen Objekten bestimmte sich dann der Begriff des vitium im einzelnen näher. Nur machte man bei den Sklaven aus Zweckmässigkeitsrücksichten von vornherein eine praktische Ausnahme. Im Interesse eines möglichst summarischen Verfahrens nämlich sollten bei ihnen nur sogenannte vitia corporalia, nicht auch vitia animi zu vertreten sein. Denn es konnte seine Schwierigkeiten haben, im Einzelfalle festzustellen, ob ein vitium animi vorliege, während das vitium corporale sich viel leichter beweisen liess. Trotzdem sind einige vitia animi für ediktsmässige Mängel erklärt[19]), nämlich solche, die

---

[17]) l. 1 § 1, l. 38 pr. D. de aed. ed. 21, 1.

[18]) l. 38 § 5 eod.

[19]) Hieraus und aus der allgemeinen Formel des Edikts quid morbi vitiive cuique sit schliesst Hanausek, a. a. O., Bd. I, S. 66, auch die vitia animi seien ediktsmässige Fehler und die im Edikt genannten nur Beispiele. Hiergegen lässt sich anführen, dass für vitia corporalia keine Beispiele gegeben sind. Warum also für vitia animi? Auch die Erwähnung der Haftung für Mängel, die keine vitia corporalia oder animi sind, spricht gegen Hanausek's Auffassung. Es sind eben nur die besonderen Fälle aufgezählt, in denen der Verkäufer auch noch andere als vitia corporalia zu

äusserlich in Erscheinung treten und die Brauchbarkeit des Sklaven herabsetzen[20]). Ebenso wie diese vitia animi sind noch einige ediktsmässige Mängel hervorgehoben[21]), die sich weder als vitia corporali noch animi charakterisieren lassen. Auch hier ist offenbar die Rücksicht auf die Brauchbarkeit des gekauften Gegenstandes für die Aufnahme in das Edikt bestimmend gewesen[22]).

Bei der praktischen Anwendung des Edikts entstanden aber bald Schwierigkeiten. Was konnte man nicht alles unter den so allgemeinen Begriff quid morbi vitiive cuique sit fassen. Ein Verlangen nach festerer Umgrenzung machte sich fühlbar. Die Rechtsprechung hatte nicht lange zu suchen, um einen Massstab zu finden. Die Richtung war vom Edikt schon gegegeben. Wie wir oben gesehen, lag den im Edikt besonders erwähnten Mängeln der Gesichtspunkt zu Grunde, dass ihr Vorhandensein den Gebrauch des gekauften Objekts hindere. Dieser Gedanke war praktisch, da es dem Käufer für gewöhnlich nur auf die Brauchbarkeit der Ware ankommen konnte. Man brauchte ihn nur zu verallgemeinern und man hatte die gewünschte Einschränkung. Das that man denn auch und stellte die Generalregel auf: proinde siquid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat u. s. w.[23]). Dieser Grundsatz erlangte dann mit der Ausdehnung des Ediktes immer mehr Bedeutung. Ein Mangel galt also dann als erheblich, wenn er die gewöhnliche Verwendbarkeit des

---

vertreten hat. Vgl. schliesslich Ulpian in l. 1 § 10 D. de aed. ed. 21, 1: ideoque redhiberi non posse, quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur.

[20]) l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1: servus fugitivus und erro. Das Moment der Brauchbarkeit ist, wie unten auszuführen sein wird, später für die Bestimmung, ob ein ediktsmässiger Mangel vorliegt, von entscheidender Bedeutung geworden.

[21]) Es ist z. B. dafür zu haften, dass der Sklave noxa solutus est. l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1.

[22]) Lagen andere als die im Edikt vorgesehenen Fehler vor, so waren sie nur mit der Kontraktsklage und unter deren Voraussetzungen verfolgbar. l. 1 § 9 i. f., l. 4 § 4 D. eod.

[23]) l. 1, § 8 D. de aed. ed. 21, 1. Die durchgängige Anwendung des Satzes zeigen Stellen wie l. 5, l. 10 pr. § 2, l. 12 § 1 D. eod.

betreffenden Gegenstandes gänzlich aufhob oder doch in erheblichem Masse beschränkte[24]).

Was für den Sklavenkauf galt, galt in gleicher Weise für den Viehkauf[25]). Nur vitia animi sind überhaupt nicht erwähnt.

Gar bald wurde das beschränkte Geltungsgebiet des Edikts erweitert. Zwar mochte zunächst die konservative Haltung der Justizpflege in Rom, die sich auf namhafte Juristen berufen konnte[26]), der Ausdehnung des ädilicischen Rechts im Wege stehen, die Entwicklung liess sich aber nicht aufhalten[27]). Mehr und mehr wandte man in der Praxis die Ediktsgrundsätze auch bei anderen als Sklaven- und Viehkäufen an[28]). Unter Justinian[29]) macht es jedenfalls keinen Unterschied mehr, ob ein ediktsmässiges Geschäft vorliegt oder nicht: jeder Kauf ist es, dessen Objekt sich als mangelhaft erweist. Dieser Satz bedarf nur insofern einer Einschränkung, als aus gewissen Rücksichten die ädilicische Haftung bei einigen Geschäften nicht eintritt, nämlich einmal beim fiskalischen Verkauf[30]) — erklärlich aus der dominierenden Stellung des Fiskus — und dann der Verkauf geringwertiger Gegenstände[31]). Der Schaden konnte bei ihnen nur so unbedeutend sein, dass es sich nicht lohnte, deshalb den umständlichen und kostspieligen Prozessmechanismus zuzulassen.

---

[24]) Ein quellenmässiges Zeugnis fehlt, da die von den Juristen angeführten Beispiele nur Sklaven und Vieh betreffen.

[25]) l. 38 § 3 D. de aed. ed. 21, 1. Ausserdem findet sich in l. 38 pr. § 11 eod. als Voraussetzung einer in 60 Tagen anzustellenden Redhibitionsklage das Fehlen des Aufputzes eines Tieres, den es beim Kaufabschluss gehabt hatte.

[26]) Vgl. den Streit der Juristen Sabinus und Labeo in l. 6 § 4 D. de act. emti venditi 19, 1 und dazu Keller in Sell's Jahrbüchern, Bd. III, S. 124 ff. Unterholzner im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. VI, No. 3.

[27]) Ein eifriger Vorkämpfer scheint Labes gewesen zu sein. l. 1 pr., D. de aed. ed. 21, 1.

[28]) Vgl. die aus den libri disputationum (!) Ulpian's stammende Entscheidung in l. 49 D. de aed. ed. 21, 1 und das endgiltige Reskript Diokletians und Maximianus in l. 4 C. de aed. act. 4, 58.

[29]) l. 63 D. de aed. ed. 21, 1.

[30]) l. 1 § 3 eod.

[31]) l. 48 § 8 eod. in Verbindung mit l. 37 § 1 D. de evict. 21, 2.

Doch man ging noch weiter. In der richtigen Erkenntnis, dass der Gedanke der Gewährleistung für alle Austauschverträge passe, wandte man das Ädilenrecht in entsprechender Weise auch bei anderen Verträgen als dem Kauf an. Ausdrücklich ist es beim Tausche[32]) geschehen, sehr wahrscheinlich für die datio in solutum[33]). Dagegen ist positiv[34]) die Schenkung wegen ihres liberalen Charakters ausgenommen[35]).

Es fragt sich nunmehr noch, wann denn der Mangel vorhanden gewesen sein muss, damit man den Verkäufer in Anspruch nehmen kann. Offenbar nicht, wenn der Käufer selbst den Mangel verschuldet hat, oder, wenn der Fehler erst nach dem Kaufabschlusse und der Übergabe entstanden ist. Denn wie sich der Käufer in der Regel von dem Kaufabschlusse ab den Untergang des gekauften Gegenstandes gefallen lassen muss, so auch die Verschlechterung durch nach dem Abschluss entstehende Mängel[36]). Abgesehen hiervon muss aber ein bestimmter Zeitpunkt festgesetzt sein, der für den Eintritt der Gewährleistungsverbindlichkeit massgebend ist. Die Quellen lassen in dieser Hinsicht keinen Zweifel aufkommen: in den verschiedensten Stellen[37]) ist eine positive Antwort gegeben. Danach ist der kritische Zeitpunkt der des Kaufabschlusses.

Liegen alle geschilderten Voraussetzungen vor, so haftet doch der Verkäufer nicht in jedem Falle. Einmal sind die

---

[32]) l. 19 § 5 D. de aed. ed. 21, 1. l. 2 D. de rerum perm. 19, 4. Freilich ist in den Quellen nirgends angegeben, wie sich der Preisminderungsanspruch gestalten solle, wenn die Gegenleistung eine einheitliche Sache ist.

[33]) Vgl. l. 4 § 31 D. de doli mali exc. 44, 4: item in eo, qui permutaverit vel in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emtorum continent. Also eine Gleichstellung des Tauschenden mit dem Empfänger an Erfüllungstatt. Vgl. noch Ernst, Die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt. Zürich 1890. S. 26.

[34]) l. 62 D. de aed. ed. 21, 1.

[35]) Die Miete ist nach l. 63 D. eod. nicht dem Ädilenrecht unterstellt, da es sich nicht um einen Austauschvertrag handelt.

[36]) l. 7 pr.; l. 8 pr.; l. 16 D. de per. et comm. 18, 6; l. 34 § 6 D. de contr. e. 18, 1.

[37]) l. 54 D. de aed. ed. 21, 1; l. 3 pr. C. de aed. act. 4, 58; l. 4 D. de prob. 22, 3.

Bestimmungen des Ädilenrechtes nur dispositiver Natur. Der Vertrag kann also die Gewährleistung ausschliessen. Doch kann sich der Verkäufer hierauf nicht berufen, wenn er doloserweise Mängel verschwiegen hat[38]). In gleicher Weise wird der Verkäufer frei, wenn der Mangel so offensichtlich war, dass der Käufer ihn hätte bemerken müssen[39]), oder[40]) wenn der Käufer ihn gekannt hat. Denn die Tendenz des Ediktes ging doch naturgemäss nur dahin, den Käufer vor Ankauf unbrauchbarer Gegenstände und vor Betrug zu schützen[41]), nicht aber auch ihn vor dem Verkäufer zu begünstigen. Das wäre aber der Fall gewesen, wenn man den Verkäufer auch hätte haften lassen, obwohl der Käufer den Mangel gekannt oder aus grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat.

Das Resultat für das römische Recht ist demnach folgendes:

Dem Erwerber eines Gegenstandes stehen zwei Klagen, die actio redhibitoria auf Wandlung binnen sechs und die actio quanti minoris auf Preisminderung binnen zwölf Monaten unter folgenden Voraussetzungen zu:

1. wenn beim Geschäftsabschlusse bereits vorhandene, aber nicht angezeigte Mängel, welche die normale Brauchbarkeit des veräusserten Gegenstandes aufheben oder erheblich beeinträchtigen, späterhin hervortreten, und sie der Erwerber nicht gekannt hat oder nicht hat kennen können;
2. wenn dem Gegenstande die vor oder nach jenem Zeitpunkte vom Veräusserer zugesicherten Eigenschaften, mögen sie besondere Vorzüge oder Freiheit

---

[38]) l. 31 D. de partis 2, 14 in Verbindung mit l. 14 § 9 D. de aed. ed. 21, 1.

[39]) l. 14 § 10 eod.: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est quae quis ignoravit nel ignorare potuit. l. 55 eod.

[40]) l. 1 § 6; l. 48 § 4 eod. Vgl. Hanausek, a. a. O., Bd. I, S. 85, Anm. 8.

[41]) l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 1: Causa huius edicti proponendi est, ut occuratur fallaciis vendentium et emtoribus succuratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint.

l. 1 § 6 eod.: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur.

von irgendwelchen Mängeln betreffen, fehlen, und dem Erwerber nicht bekannt gewesen ist, dass die zugesicherten Eigenschaften dem Gegenstande abgehen.

Zweiter Abschnitt.

§ 3. Germanisches Recht.

Was das Germanische Recht anlangt, verweisen wir, ohne auf die Quellen eingehen zu können, auf die Litteratur[42]) und heben nur einzelne Fragen hervor unter dem Vorbehalte, anderwärts näher darauf einzugehen.

Wie jedes streng formalistische Recht berücksichtigt auch das Germanische Recht nur den Inhalt einer formgerechten Erklärung, mag sich auch mit ihm der wirkliche Wille des Erklärenden gar nicht decken[43]). Ist nur der Form genügt, so ist das Geschäft rechtsbeständig und keinerlei Anfechtung unterworfen. Als eine Durchbrechung dieses Prinzips ist es wohl kaum anzusehen, wenn man dem Käufer das Recht zugestand, den Kauf aufzurufen, d. h. rückgängig zu machen, sobald der Verkäufer Zusagen inbetreff der Fehlerlosigkeit oder Güte seiner Waren nicht hielt[44]). Seine Pflicht zur Zurücknahme des verkauften Gegenstandes rührt dann daher, dass er nicht oder doch nicht so erfüllt hat, wie es im Vertrage bestimmt war. Abgesehen hiervon konnte der Käufer die Aufhebung des Kaufvertrages nur verlangen, wenn er nachweisen konnte, dass der Verkäufer den Fehler gekannt und absicht-

---

[42]) Vgl. insbesondere die Litteraturnachweisungen bei Dahn, Deutsches Privatrecht. Grundriss I: Privatrecht und Lehnrecht, 1878. Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht, 6. Aufl., 1886. Cropp in Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen I, S. 163 ff. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts III § 184. Gerber, System des Deutschen Privatrechts, 17. Aufl. § 205. Gengler, Das Deutsche Privatrecht, 4. Aufl. § 118. Dahn, Deutsches Rechtsbuch, S. 193, 194.

[43]) Vgl. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I, S. 60.

[44]) Vgl. Stobbe, a. a. O. § 184 a. E. Gerber, a. a. O. § 205, S. 347.

lich dem Erwerber verschwiegen hatte[45]). Den Veräusserer macht hier seine mala scientia haftbar[46]).

Das Germanische Recht kommt also im wesentlichen dem ältesten römischen Recht sehr nahe[47]). Hier wie dort wird der Verkäufer nur zur Gewährleistung verpflichtet, wenn er bestimmte Eigenschaften der Kaufsache zugesichert oder Mängel, die er kannte, absichtlich verschwiegen hat. Ein Unterschied aber besteht insofern, als das deutsche Recht keine besondere Kaufklage kennt, durch die der Käufer wie mit der römischen actio emti sein Interesse wegen der mangelhaften Lieferung geltend machen könnte.

Eine Fortbildung des Rechtes ist im späteren Mittelalter darin zu finden, dass der Käufer nunmehr auch bei Mängeln, die dem Verkäufer unbekannt sind, das Recht zur Wandelung des Kaufes hat: allerdings nur unter der Voraussetzung, dass bei Abnahme der Ware deren Mängel sofort gerügt worden sind. Vorbehaltliche Annahme zog dagegen den Verlust jeglichen Rechtes nach sich[48]).

Neben diesen allgemeinen Vorschriften galten jedoch schon in älterer Zeit besondere, abweichende Normen für den Viehkauf[49]). Für ihn, der für jedes Volk in den Anfangsstadien seiner Entwickelung, nämlich vor sesshaftem Acker-

---

[45]) So nach einer bei Kraut, a. a. O., § 129, No. 1, abgedruckten Stelle aus der lex Bajuvariorum XVI, 9: Nemo firmitatem venditionis inrumpit, nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor celavit u. s. w. — Mit Cropp, a. a. O., S. 166 § 2 a. E. ist wohl anzunehmen, dass die Stelle gemeindeutsches Recht enthält.

[46]) Vgl. Dahn, Deutsches Privatrecht, Grundriss.

[47]) Vgl. oben S. 7, 8.

[48]) Vgl. die bei Kraut, a. a. O., No. 4, 5, 6 abgedruckten Rechtssätze aus dem Hamburger und Lübischen Rechte. Den gleichen Gedanken drücken schon die alten Rechtssprichwörter aus: „Augen für Geld", „Augen auf oder Beutel auf", „Wer die Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf", „Wer unrechte Ware kauft, mag unrechte Ware behalten". Vgl. Dahn, Deutsches Rechtsbuch, S. 194. Gengler, a. a. O., § 118, S. 416.

Die Rügepflicht ist auch nach der Reception durch einige Statuten beibehalten worden. Vgl. dazu Foerster-Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. 1 § 84.

[49]) Vgl. zum folgenden Stobbe, a. a. O., § 185. Gengler, a. a. O., § 118. Dahn, Deutsches Rechtsbuch, S. 194.

bau, von der grössten Bedeutung ist, erwies sich das allgemeine Recht als unpraktisch und unbequem. Denn gerade die erheblichsten Viehmängel sind Krankheiten, die meist erst einige Zeit nach der Übergabe ausbrechen, obwohl der Keim zu ihnen in dem Tiere bereits zur Zeit des Kaufes liegt. Hieraus ergeben sich grosse Schwierigkeiten für die Lösung der Frage, wie die Gewährleistung beim Tierkauf geregelt werden soll. Die Verkäufer werden sich regelmässig weigern, die Fehlerlosigkeit des Tieres zuzusichern. Andererseits wird es dem Käufer fast nie gelingen, dem Verkäufer mala scientia nachzuweisen, da die Krankheiten sehr oft vor ihrem Ausbruch nicht zu erkennen sind. Aus diesem Grunde ist es aber auch für den Käufer in den meisten Fällen nicht möglich, die Mängel bei der Abnahme des Tieres zu entdecken.

Mit der Beseitigung der hieraus entstehenden Missstände beschäftigten sich daher schon die Leges barbarorum[50]) und später viele Statuten, Verordnungen und Gesetze, deren Zahl allmählich derart wuchs, dass es heute nahezu unmöglich ist, sie alle zu überblicken. Doch durchzieht sie fast sämtlich das gleiche Prinzip, das in gewissen charakteristischen Sätzen ausgesprochen ist. Auf ihre Darstellung müssen wir uns beschränken.

Beim Viehkauf hat nunmehr der Verkäufer nicht jeden, sondern nur bestimmte, erfahrungsgemäss erheblichere Fehler — Krankheiten namentlich — zu vertreten, und zwar auch dann, wenn er sie nicht gekannt hat[51]). Der Käufer hat nur — den allgemeinen Grundsätzen entsprechend — die Klage auf Wandelung. Er kann sich ihrer jedoch nur bedienen, wenn jene Fehler, die sogenannten Hauptmängel, innerhalb einer gewissen Frist hervorgetreten und dem Verkäufer oder dem Gerichte angezeigt sind[52]). Diese Frist hat den Charakter

---

[50]) Vgl. Kraut, a. a. O., No. 1. Dahn, Deutsches Privatrecht, Grundriss.

[51]) Vgl. insbes. die bei Kraut, a. a. O., No. 7, 8, 9, 10, 11 angeführten Gesetzesstellen. Stobbe, a. a. O. § 185, No. 3, 4.

[52]) Vgl. z. B. aus den Bremer Stat. v. 1433, Ord. 55 (Kraut, a. a. O., No. 7): „So we deme anderen vorkoft en perd —, de schal des eme waren vor hovet sek und vor stare blint dre Dage."

einer Vermutungsfrist, d. h. der Käufer, der sich darauf berufen kann, dass innerhalb der Frist sich ein Hauptmangel an dem Tier gezeigt hat, hat die Vermutung für sich, dass der Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen ist[53]). Eine gleiche Vermutung greift für den Verkäufer Platz, die dahin geht, dass Mängel, die erst nach Ablauf der Frist hervortreten, auch erst nach der Übergabe entstanden sind. Im älteren Rechte ist für keine Seite der Gegenbeweis zugelassen[54]), während im späteren Rechte jede Partei die Vermutung durch Gegenbeweis entkräften kann[55]).

Von dieser, der Vermutungsfrist, ist eine andere Frist zu unterscheiden: die Verjährungsfrist. Unter dieser Frist ist die Zeit zu verstehen, bis zu deren Ablaufe der Käufer mit der Wandelungsklage Rückgängigmachung des Kaufes herbeiführen kann. Die Frist ist ebenfalls nach Art und Krankheit des Tieres verschieden bemessen und oft von der gleichen Dauer wie die Vermutungsfrist. Doch besteht für sie ein anderer Anfangstermin; denn sie läuft von der Kenntnisnahme des Mangels durch den Käufer[56]).

Dritter Abschnitt.

§ 4. Gemeines Recht.

Mit der Reception des römischen Rechtes in Deutschland kamen auch für die Gewährleistung wegen Mängel die römischen Rechtsgrundsätze zum grossen Teil zur Anwendung[57]). Das kam wohl daher, dass das römische Recht entsprechend dem

---

Selbstverständlich sind die Mängel und Fristen je nach Tiergattung und Gesetz verschieden. Vgl. Hoffmann, Über die Verjährungs- und Währzeit im Archiv für praktische Rechtswissenschaft 4, S. 177. Walther, Die sogenannten Hauptmängel beim Pferdehandel, das. N. F. 8.

[53]) Vgl. Dahn, Deutsches Rechtsbuch, S. 194.

[54]) Vgl. Stobbe, a. a. O., § 185, No. 4, 5.

[55]) Vgl. Dahn, Deutsches Rechtsbuch, S. 194.

[56]) Vgl. Dahn, a. a. O., S. 194.

[57]) Ähnlich lagen die Verhältnisse im älteren Rom. Auch dort kam ein neues Recht, das sich mehr dem Verkehr anpasste, das Ädilenrecht, neben dem bestehenden Recht zur Geltung und drängte es in den Hintergrund.

Welthandel Roms ganz besonders auf grossen Verkehr berechnet war, während die deutschen Grundsätze über Gewährleistung sich hauptsächlich auf den Viehhandel bezogen. Insoweit erhielt sich auch das alte Recht. Jene alten, in der Praxis erprobten[58]) und im Rechtsbewusstsein des Volkes wurzelnden Bestimmungen, entsprachen aber auch dem praktischen Bedürfnis, da sie die Abwickelung des Viehhandels beträchtlich vereinfachten, während die Anwendung des römischen Rechtes mit seinen heimlichen Mängeln, die erst als erheblich und im entscheidenden Zeitpunkte vorhanden bewiesen werden mussten, erheblichen Schwierigkeiten unterlag. Die fortdauernde Geltung jener alten Satzungen brauchte nicht gesetzlich ausgesprochen zu werden, da das römische Recht nicht an die Stelle des deutschen getreten war, sondern nur subsidäre Geltung erlangt hatte: es galt also nur, wenn keine abweichenden partikulären Normen vorhanden waren. Vermöge dieses Umstandes und der überaus reichen Zahl solcher Partikulargesetze konnte es zweifelhaft erscheinen, welches Recht denn als gemeines Recht anzusehen sei. Schilter[59]) z. B. vertrat die Ansicht, bezüglich des Viehkaufes habe das deutsche Recht als gemeines zu gelten. Doch stand er mit seiner Behauptung ziemlich allein. Die zeitgenössische Litteratur[60]) wenigstens steht auf dem Standpunkte, dass das römische Recht auch für den Viehkauf gemeines Recht sei und dass jene deutschen Partikulargesetze nur neben dem gemeinen Rechte bestehen geblieben sind[61]). Dieser Ansicht ist beizutreten. Die bestehenden Satzungen waren immerhin nur Partikulargesetze, kein gemeines Recht. Allerdings ist zu-

---

[58]) Die Stadtschöffen des 14. Jahrhunderts beriefen sich darauf als auf ein „antiquum et commune jus". Vgl. Heusler, a. a. O., Bd. 1 § 14, S. 61.

[59]) Praxis juris Romani in foro Germanico I ex. 34 § 15.

[60]) Namentlich Stryk, Usus modernus Pandectarum I § 19 trat ihm entgegen.

[61]) Vgl. noch Mevius, ad jus Lubecense l. III, t. 6, a. 11, No. 8: nostrum jus non sustulit ea juris communis remedia ideoque in foro, ubi eius observantia est, juste intentantur. a. 14, No. 1: non derogat, sed potius adstipulatur juri communi.

zugeben, dass es so viel derartiger Gesetze gab, dass für das gemeine Recht fast kein Anwendungsgebiet mehr blieb.

Abgesehen vom Viehkaufe war jedoch das römische Recht allgemein als gemeines Recht in Geltung[62]) und zwar im wesentlichen in derselben Gestaltung, die es in Rom gefunden hatte. Ein Blick in die Pandektenlitteratur der Neuzeit zeigt uns das ganz deutlich.

Im Laufe der Jahrhunderte ist daher von einer besonderen Fortbildung der Lehre von der Gewährleistung durch die Wissenschaft oder Praxis kaum die Rede. Eine Betrachtung der Stellungnahme der einzelnen Rechtsschulen, die gewissermassen die Merksteine der gemeinrechtlichen Entwickelung bilden, ergiebt die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung.

Aus der Glosse, mit der man zweckmässig beginnen kann, erscheint nur eine Bemerkung erwähnenswert, die übrigens nur das ausspricht, was offenbar schon im spätrömischen Rechte galt[63]): nämlich die Anerkennung der Anwendbarkeit des Ediktes auf kaufähnliche Verträge oder, wie es die Glosse nennt[64]), auf similes contractus. Sonst findet sich keine Andeutung irgend einer Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechtes. Das gleiche Ergebnis zeitigt eine Durchsicht der Schriften der Postglossatoren[65]). Ja, man möchte fast meinen, man habe sich gescheut, auch nur einen Satz des Ediktes zu ändern, geschweige denn aufzugeben. Ein Beispiel. Im römischen Recht[66]) bestand für den Käufer ein innerhalb sechzig Tagen geltend zu machendes Redhibitionsrecht, wenn der Verkäufer eines Tieres nicht dasselbe mit den ornamenta, dem Aufputze, ablieferte. Diese Bestimmung ist

---

[62]) Das römische Recht über die Gewährleistung hat mit Ausnahme einiger weniger in Deutschland nicht praktisch gewordener Rechtssätze im Wege des Gewohnheitsrechtes in Deutschland Eingang gefunden, soweit nicht, wie beim Viehkaufe, das deutsche Recht in Geltung geblieben ist. Die Anwendung der einzelnen römischen Rechtssätze ergaben die Schriftsteller des gemeinen Rechtes.

[63]) Vgl. S. 11.

[64]) Glosse Sciendum ad l. 63 D. de aed. ed. 21, 1.

[65]) Vgl. z. B. Bartolus, Interpretum iuris civilis coryphaei.

[66]) Vgl. l. 38 pr., § 11 D. de aed. ed. 21, 1.

nie in Deutschland praktisch geworden[67]). Trotzdem ist der Satz bis in die neueste Zeit als geltendes Recht bei fast sämtlichen Schriftstellern zu finden. Selbst die Pandektenlitteratur der Neuzeit enthält immer noch die Bestimmung[68]), allerdings aus einem anderen Grunde, nämlich aus der irrigen Auffassung der in complexu Reception. Dieser Irrtum veranlasste dann selbst die bedeutendsten Theoretiker, ohne Rücksicht auf die Praxis, Sätze als geltendes Recht vorzutragen, die es nie gewesen sind.

Um wieder zu dem thema probandum zurückzukehren, so findet sich zunächst bei einem Vertreter der französischen Rechtsschule, Jacobus Cucacius, eine bemerkenswerte Äusserung. Er behauptet nämlich[69]), es bestehe kein Hinderungsgrund, im Gegenteil wäre es nur recht und billig, auch Pacht und Miete den Ediktssätzen zu unterwerfen. Die Gründe Ulpian's in l. 63 D. de aed. ed. 21, 1 sprächen nicht dagegen, und eine Stelle des codex, l. 34 C. de locato et conducto 4, 65 bestätige geradezu seine Ansicht. Es ist allerdings zuzugeben, dass in der Stelle dem Mieter ein Rücktrittsrecht gegeben wird, aber einmal ist die Frist zu seiner Ausübung auf ein Jahr bemessen und dann steht dem Vermieter das gleiche Recht zu. Diese also gar nicht mit dem Edikte zu vereinende Bestimmung ist zudem aus den Basillken übernommen[70]) und nicht glossiert. Von einer gemeinrechtlichen Reception des Satzes konnte mithin keine Rede sein, da nicht glossierte Stellen keineswegs recipiert sind. Ausserdem bot die Kontraktsklage aus dem Mietvertrage hinreichenden Schutz. Das erkannten auch die Juristen jener Zeit und

---

[67]) Eine Anwendung des Satzes in der Praxis ist nicht zu finden.

[68]) Z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. II § 395, S. 524. — Sintenis, Gemeines Civilrecht, Bd. 2 § 116, S. 617, Anm. 90 bezweifelt die praktische Verwendbarkeit der Vorschrift. — Die Aufnahme veralteter Rechtssätze in verschiedene Lehrbücher lässt sich möglicherweise auch dadurch erklären, dass die betreffenden Schriftsteller, um nicht unvollständig zu sein, solche Sätze aufgenommen haben, weil sich nicht mit Sicherheit feststellen liess, ob sie nicht doch vielleicht irgendwo gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt hatten.

[69]) Opera omnia VII 16 A. l. 12 obs. c. 38.

[70]) B. 20, 1, 95.

traten einmütig Cuiaz entgegen[71]). Die Praxis schloss sich ebenfalls der Ansicht Cuiaz' nicht an: jedenfalls nicht in späterer Zeit, wie ein Ausspruch eines brandenburgischen Juristen, Samuel Stryk's lehrt[72]): auctoritatem ergo in foro non habet, prout vulgo notum est.

In dem Werke des letzteren Juristen[73]) findet sich ein eigentümliches Missverständnis. Ob es erst durch ihn in die Theorie gekommen ist, lässt sich nicht mehr ermitteln: er jedenfalls hat ausführlich darüber geschrieben[74]). Es handelt sich nämlich um eine merkwürdige Klassificierung der Mängel, die die Gewährleistungsverbindlichkeit begründen. Man teilte sie in sogenannte Haupt- und Nebenfehler. Unter ersteren verstand man solche Fehler, die den Wert oder die Brauchbarkeit gänzlich aufheben, während bei den letzteren nur an eine erhebliche Minderung gedacht war. Diese Unterscheidung hatte die praktische Bedeutung, dass man von der Art des Fehlers die Klage abhängig machte. Dass diese ganze Einteilung nur auf einer falschen Auffassung beruhen kann, ist, da jene Schriftsteller kein abweichendes Gewohnheitsrecht konstatieren, nach den Quellen ganz offenkundig[75]). Trotzdem erhielt sie sich ein ganzes Jahrhundert, und erst eine sehr ausführliche Abhandlung Feuerbach's[76]) vermochte diesen Irrtum zu bannen[77]).

---

[71]) Vgl. von älteren Juristen Noodt, Opera omnia II, 451; Voët, Commentarius ad Pandectas 747; Stryk, Usus modernus Pandectarum I, 21, 1 de aed. ed., § 4. — Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. 2 § 111, Anm. 12, 13.

[72]) Usus modernus, a. a. O. § 4.

[73]) Die übrigen Vertreter der französischen Schule beschäftigen sich zwar auch mit der Gewährleistungspflicht, aber ohne irgend welche Abweichungen vom römischen Recht. Es wurden verglichen Balduin in seinen annotationes in t. de aed. ed. in Heineccii Jurisprudentia Romana et Attica S. 869—921; Donellus, Opera omnia, Bd. 10. 1294 ff., 1309.

Ähnlich steht es mit den Niederländern, die aber auch die deutschen Sonderbestimmungen anführen. Vgl. insbes. Voët, a. a. O., S. 747 ff.

[74]) Usus modernus, a. a. O. §§ 11, 13—16, 38. — Eine ähnliche Andeutung giebt auch Lauterbach, Collegium pandectarum theoretico-practicum II, §§ 25, 29, 30, 32.

[75]) Vgl. S. 11. 12.

[76]) Civilistische Versuche I, No. 2, S. 51—80. Feuerbach weist auch nach, dass kein Gewohnheitsrecht entstanden ist.

Damit ist der Anfang des neunzehnten Jahrhunderts erreicht[78]).

Es erübrigt sich nur noch, zum Abschlusse einen Überblick über das gemeine Recht am Schlusse des 19. Jahrhunderts zu geben.

Auch heute noch[79]) stehen im Falle der Gewährleistung dem Berechtigten zwei, den alten actiones redhibitoria und quanti minoris analoge Klagen, und zwar wahlweise, zu Gebote. Sie sind kurz verjährbar. Die Verjährungsfristen — 6 bezw. 12 Monate — laufen vom Kaufabschlusse ab, werden aber util[80]) gerechnet. Die Voraussetzungen der Klagen haben sich ebenfalls wenig geändert.

Das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ist meist der Kauf, aber auch andere entgeltliche Veräusserungsverträge über Sachen. Die Sache braucht nicht speziell bezeichnet zu sein, auch beim Gattungskauf sind beide Klagen anwendbar[81]). Was

---

Die übrigen Vertreter der irrigen Ansicht s. ebendaselbst S. 52. Die richtige Ansicht ist auch bei Windscheid, a. a. O. § 393, Anm. 10 vertreten.

[77]) In gewisser Weise erinnert der Sprachgebrauch des B. G. B. an die irrige Einteilung, indem es bei den Fehlern gewisser Tiere von „Hauptmängeln" spricht. Vgl. unten S. 64.

[78]) Ein näheres Eingehen auf die naturrechtliche und historische Schule ist nicht erforderlich: denn erstere, die wesentlich den Charakter des 18. Jahrhunderts bestimmte, hat sich mit den Bestimmungen über die Gewährleistung gar nicht beschäftigt, und letztere hat nur rein römisches Recht zur Darstellung gebracht.

[79]) Vgl. über das heutige Recht insbes. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883/1887, Teil 2.

[80]) Vgl. oben S. 10.

[81]) Seit einer genauen Untersuchung Thöl's über den Genuskauf entbrannte ein grosser Streit über die Anwendbarkeit des ädilicischen Rechtes in Theorie und Praxis. Letztere entschied sich bald, namentlich auf ein Gutachten Goldschmidt's hin, für die Anwendbarkeit. Vgl. von Entscheidungen: Seuffert, Archiv N. F., Bd. VIII No. 16, XIX No. 243. Entsch. d. R. O. H. G., Bd. 5, S. 399. Entsch. d R. G. i. Civils., Bd. 12, S. 84.

Theoretisch ist die Kontroverse noch unausgetragen. Die Streitfrage ist: Hat der Verkäufer mangelhaft oder gar nicht erfüllt? M. E. hat sich die Praxis für die richtige Ansicht entschieden. Denn trotz richtiger Lieferung in quanto und quali, also an sich vollständiger Erfüllung kann das Geleistete doch mangelhaft sein; z. B. Lieferung der bestellten Menge

ferner die Mängel anbelangt, die zur Gewährleistung verpflichten, so sind einmal physische Fehler[82]) und das Nichtvorhandensein zugesagter Eigenschaften[83]) zu vertreten. Unter ersteren sind ebenfalls wie früher nur solche sachliche Mängel zu verstehen, die den Wert oder die Brauchbarkeit aufheben oder erheblich mindern. Für die Beurteilung der Mängel ist der einzelne Fall entscheidend.

Für den über die Haftpflicht entscheidenden Zeitpunkt, den Zeitpunkt, in dem die Mängel vorhanden sein müssen, ist, wie im römischen Rechte, der Kaufabschluss massgebend, mit der einzigen Modifikation, dass beim Genuskauf, der Natur des Vertrages entsprechend, an die Stelle jenes Zeitpunktes der der Erfüllung tritt[84]). Endlich ist noch zu erwähnen, dass die Gewährleistungsverbindlichkeit — abgesehen von einem etwaigen diesbezüglichen Vertrage — wegfällt, sobald die Mängel dem Erwerber bekannt oder offensichtlich waren.

Vierter Abschnitt.

§ 5. Die in- und ausländische Gesetzgebung der Neuzeit.

Von inländischen Kodifikationen kommen das preussische allgemeine Landrecht vom 5. Februar 1794, das sächsische

---

und Art Kaffee, der zu einem Teil Mängel aufweist, etwa den sogenannten „öligen“ Geschmack hat. Vgl. auch Mugdan, Die gesamten Materialien, Bd. 2, S. 133 ff.

[82]) Eine Unterscheidung der Mängel wird nicht mehr gemacht. Vgl. das Urteil des Amtsgerichtes zu Celle vom 4. III. 1870 in Seuffert's Archiv, Bd. 24, No. 24; Thibaut, System des Pandektenrechtes. 8. Aufl. 1834 § 495.

[83]) Als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft hat auch die Zusicherung der bestimmten Grösse eines Grundstückes zu gelten. So die herrschende Ansicht. Vgl. Dernburg, a. a. O, Bd. 2 § 100, Anm. 7.

[84]) So entgegen der herrschenden Ausscheidungstheorie, nach der zum Gefahrübergange Ausscheidung und Kenntnis derselben seitens des Gläubigers verlangt wird. Wir schliessen uns der Ihering'schen bezw. Dernburg'schen Theorie an, die den praktischen Bedürfnissen entsprechend erscheint. Eine nähere Begründung kann hier nicht gegeben werden. Vgl. über die Kontroverse Gareis in Endemann, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 2, S. 640 ff. und über die sog. Erfüllungstheorie Ihering in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 4, No, 5. Dernburg, Pr. Privatrecht II § 139.

bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 und das deutsche Handelsgesetzbuch vom 5. Juni 1869 und 10. Mai 1897 in Betracht. Hinzu tritt der Code civil von 1803, da er in einem Teile Deutschlands in Geltung ist.

Das Preussische Landrecht[85]) rechnet die Leistung der Gewähr zur Erfüllung des Vertrages[86]) und versteht darunter die Verpflichtung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber, „dass sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und Inhalt des Vertrages bedienen könne“[87]). Darin liegt die Zusammenfassung zweier im römischen und gemeinen Rechte getrennt gehaltener Verpflichtungen, der Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung und zur Haftung für Mängel. Doch fehlt ihnen der innere Zusammenhang[88]). Hier interessiert nur die Gewährleistung wegen Mängel.

Entsprechend der actio redhibitoria und quanti minoris kennt das preussische Recht eine Wandlungs- und Minderungsklage[89]), unter denen dem Berechtigten die freie Wahl zusteht[90]). Beide Klagen unterliegen einer kürzeren, nach dem Gegenstande bestimmten[91]) Verjährung, die vom Empfang der Sache gerechnet wird[92]). Durch Verabsäumung der Fristen geht „das Recht“ verloren, d. h. die einredeweise Geltendmachung, nicht aber das Klagerecht bleibt erhalten[93]).

Als allgemeinste Vorbedingung für beide Klagen gilt die Unmöglichkeit, die Mängel zu beseitigen bezw. die fehlenden

---

[85]) Vgl. z. folgendem Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. 1 §§ 84 ff. Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. 2 § 143 ff. Fischer, Preussisches Privatrecht § 58.

[86]) § 317 I, 5 A. L. R.

[87]) § 318 I, 5 A. L. R.

[88]) Das ergiebt sich, abgesehen von der getrennten, geschichtlichen Entwickelung, schon aus dem Umstande, dass die näheren Bestimmungen über die Eviktion beim Kauf stehen. § 324 I, 5 und § 152 I 11 A. L. R.

[89]) §§ 327, 328 I 5 A. L. R.

[90]) Striethorst, Archiv, Bd. 17, S. 201. Entsch. d. R. O. H. G. Bd. 24, S. 76.

[91]) Bei Landgütern ist die Frist 3 Jahre, bei städtischen Grundstücken 1 Jahr, bei beweglichen Sachen 6 Monate § 343 I, 5 A. L. R.

[92]) § 343 I, 5 A. L. R.

[93]) § 345 I, 5 A. L. R. So die übereinstimmende Ansicht. Vgl. Förster-Eccius, a. a. O. § 85. Fischer, a. a. O. § 25, S. 139.

Eigenschaften nachzugewähren[94]). Sieht man hiervon ab, so verpflichten zur Gewährleistung Lieferungen von Gegenständen — mag eine Species- oder Genusschuld zu Grunde liegen —, denen die gewöhnlich vorausgesetzten oder ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften fehlen[95]). Während unter letzteren die dicta et promissa des römischen Rechtes zu verstehen sind, sind mit ersteren Mängel gemeint, die über den Begriff des ädilicischen Mangels hinausgehen[96]). Denn wie sich aus § 329 I 5 A. L. R. ergiebt, basiert die Haftpflicht geradezu auf dem Irrtum des Erwerbers[97]); allerdings ist nicht etwa sein subjektives Empfinden massgebend, d. h. es sind nicht etwa die persönlichen Mutmassungen über die Beschaffenheit des Gegenstandes ausschlaggebend, sondern die abstrakt nach der Anschauung des Verkehrs vorausgesetzten Eigenschaften[98]). Abweichend vom gemeinen Recht ferner ist für die Haftpflicht bestimmend der Zeitpunkt der Übergabe[99]), jedoch streitet für die Entstehung von Mängeln nach derselben in Zweifelfällen eine durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung[100]).

Die unter den erwähnten Voraussetzungen eintretende Gewährleistungspflicht findet in weiterer Fortbildung des gemeinen Rechts bei allen „lästigen Verträgen", d. h. bei allen gegenseitigen statt[101]). Dazu rechnet die Praxis auch Werk-

---

[94]) So die herrschende Ansicht. Förster-Eccius, a. a. O. § 85 meint, man dürfe aus § 325 I, 5 nur ein Recht, nicht die Pflicht des Gläubigers herleiten. Dernburg, a. a. O. § 143 erkennt die im Text vorgetragene Ansicht an, will sie aber processual als Einrede behandelt wissen. Nach der Praxis muss zunächst auf Nachgewährung geklagt werden. Striethorst, Archiv, Bd. 83, S. 271.

[95]) § 319 I, 5 A. L. R. Die bedungene Grösse eines Grundstückes verpflichtet. Striethorst, a. a. O., Bd. 61, S. 81.

[96]) Nach römischem Recht verpflichten nur vitia, quae ignoravit vel ignorare potuit. l. 14 § 10 D. de aed. ed. 21, 1.

[97]) Er muss jedoch ohne eigenes grobes oder mässiges Versehen im Irrtum befangen gewesen sein, § 82 I, 4 A. L. R.

[98]) Vgl. Rehbein und Reincke, Das allgemeine Landrecht, Bd. 1, Teil 1, Titel 5, Anm. 166 zu § 319 I, 5 A. L. R.

[99]) Bei Distancesendungen die Zeit der Absendung. Vgl. Dernburg, a. a. O. § 143. Vgl. Striethorst, a. a. O., Bd. 91, S. 65.

[100]) § 332 I, 5 A. L. R.

[101]) § 318 I, 5 A. L. R.

verdingung und Miet- und Pachtverträge[102]). Ausgeschlossen sind dagegen die beiden Klagen bei lukrativen Verträgen[103]). Andere Ausschlussgründe ergeben sich einmal aus der Möglichkeit, die Haftpflicht durch Vertrag auszuschliessen[104]), und ferner aus der Annahme von augenfällig mangelhaften Gegenständen ohne sofortige Rüge[105]).

Besondere Vorschriften über Viehmängel, die zum Teil auf altdeutsches Recht zurückgehen, enthält das preussische Recht beim Kauf[106]). Grundsätzlich gelten auch hier die allgemeinen Bestimmungen: also Wandlungs- und Minderungsklage. Aber zur Beweiserleichterung sind — und darin liegt die Anlehnung an das deutsche Recht[107]) — gewisse Präsumtionen aufgestellt. So gilt namentlich beim Erkranken von Vieh innerhalb 24 Stunden nach der Übergabe, falls sofortige Anzeige an den Verkäufer oder an das Gericht oder einen Sachverständigen ergangen ist[108]), bis zum Beweise des Gegenteils[109]) die Vermutung für das Vorhandensein der Krankheit vor der Übergabe[110]). Die Anzeigepflicht fällt fort, wenn das Vieh innerhalb jener Frist stirbt[111]). Doch bleibt auch in diesem Falle dem Verkäufer der Gegenbeweis gewahrt[112]). Schliesslich tritt die gleiche Vermutung für bestimmte Tiere — Schweine, Schafe, Rindvieh, Pferde — beim Ausbruche gewisser Krankheiten innerhalb bestimmter längerer Fristen ein[113]).

---

[102]) Vgl. für die Werkverdingung Striethorst, a. a. O., Bd. 42, S. 101, No. 23. Förster-Eccius, a. a. O. § 84 a. E.; für Miete und Pacht Entsch. d. Obertribunals, Bd. 14, S. 282. Entsch. d. R. G. in Civils., Bd. 20, S. 285.

[103]) Z. B. bei der Schenkung. Vgl. Fischer, a. a. O. § 86, S. 489.

[104]) § 348 I, 5, §§ 137, 138 I, 11 A. L. R.

[105]) § 330 I, 5 A. L. R.

[106]) Vgl. Förster-Eccius, a. a. O., Bd. 2, S. 65.

[107]) Vgl. oben S. 18, 19.

[108]) §§ 200, 201 I, 11 A. L. R.

[109]) § 202 I, 11.

[110]) § 199 I, 11.

[111]) § 202 I, 11.

[112]) Vgl. vor. Anm.

[113]) § 204 I, 11. Selbstverständlich steht es dem Erwerber beim Erkranken des Viehs nach den obengenannten Fristen frei, das Vorhandensein

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch[114]) behandelt Entwehrung und Gewährleistung für Mängel dem gemeinen Recht entsprechend getrennt und regelt letztere wesentlich im römischen Sinne. Jedoch ist die Haftung wie im preussischen Rechte auf sämtliche entgeltliche Veräusserungsverträge erstreckt[115]). Ebenso gleicht dem preussischen der sächsische Mängelbegriff[116]). Als entscheidender Zeitpunkt ist, getreu dem römischen Recht, der Vertragsschluss bestimmt[117]). Dagegen läuft die Verjährung der Klagen von der Empfangnahme der Gegenstände an[118]).

Auch das sächsische Recht hat eine specielle Regelung der Viehveräusserung[119]), die der preussischen entspricht, mit der Modifikation jedoch, dass zwar auch beim Ausbruche gewisser Krankheiten bestimmter Tiere innerhalb der Gewährfristen die obengenannte Vermutung gegeben wird, dass aber in einem solchen Falle nur das Wandelungsrecht zulässig ist[120]).

Von besonderem Interesse sind die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches vom 5. Juni 1869, da ein grosser Teil seiner Normen für die Regelung im B. G. B. vorbildlich gewesen ist. Nach Art. 347 ist es klar, dass derselbe nur Distancekäufe treffen wollte, während für Platzkäufe das jeweilige bürgerliche Recht massgebend bleiben sollte[121]).

Das Handelsrecht musste seinem Zwecke entsprechend, nämlich der Bequemlichkeit und Sicherheit des Verkehres zu dienen, die Unsicherheit möglichst zu beseitigen suchen, die

---

der Krankheit vor der Übergabe zu beweisen, wodurch dann der Verkäufer ebenfalls verpflichtet wird § 203 I, 11.

[114]) §§ 899—929 S. B. G. B.

[115]) § 899. Nicht aber auf Werkverdingung und Miete § 1196.

[116]) § 902 S. B. G. B.

[117]) Beim Gattungskauf, bei dem Mängelgewähr ausdrücklich anerkannt wird §§ 692, 700, 761, die Zeit der Ausscheidung § 867.

[118]) Die Fristen sind 6 bezw. 12 Monate § 923.

[119]) § 924 ff. S. B. G. B.

[120]) § 926. Nach § 927 ist jedoch Minderung zugelassen, wenn das Tier geschlachtet werden musste.

[121]) Zweifellos findet das Handelsrecht auch auf den Viehkauf Anwendung. Entsch. d. R. O. H. G., Bd. 25, S. 231.

sich aus der ungewissen Lage des Verkäufers ergiebt, der sechs Monate und länger nicht weiss, ob der Käufer die Ware behalten wird oder nicht. Daher schreibt es im A 347 sofortige Untersuchung der Ware nach der Ablieferung vor, „soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgang thunlich ist". Es verlangt ferner eine Anzeige der Mängel unmittelbar nach deren Entdeckung an den Verkäufer. Die Verabsäumung der Anzeigepflicht wird als Genehmigung der Ware betrachtet, sofern die Mängel[122]) bei der Untersuchung nach ordnungsmässigem Geschäftsgange erkennbar waren[123]). Ist dies nicht der Fall, so hat jedenfalls nach erfolgter Entdeckung von Mängeln die Anzeige zu geschehen[124]). Hierbei ist aber aus den oben angeführten Gründen eine Präklusivfrist von 6 Monaten festgesetzt, nach deren Ablauf jedes Recht ausgeschlossen ist. A. 349, Abs. 1. Besondere Rechtsbehelfe zur Geltendmachung der Gewährleistung sind nicht erwähnt: es entscheidet sich diese Frage nach den einzelnen Landesrechten[125]). Um aber die Haftungsverbindlichkeit des Verkäufers nicht allzulange auszudehnen, ist die Verjährung einheitlich geregelt[126]): 6 Monate nach der Ablieferung können Rechte des Käufers weder im Wege der Klage noch der Einrede mehr geltend gemacht werden. Für Einreden besteht aber die Ausnahme, dass sie bestehen bleiben, wenn die Anzeige rechtzeitig ergangen ist. A. 349, Abs. 3. Durch Vertrag endlich kann eine längere oder kürzere Frist für die Haftbarkeit des Verkäufers bedungen werden. A. 349, Abs. 5.

Da ein grosser Teil der Vorschriften des Handelsrechtes gemeines bürgerliches Recht geworden ist[127]) beschränkt sich das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 darauf,

---

[122]) Mängel im Sinne des Gesetzes, A. 347, Abs. 1, sind vorhanden wenn Waren geliefert werden, die nicht vertrags- oder gesetzesmässig sind. Gesetzesmässig ist aber nach A. 335 Ware, die „Handelsgut mittlerer Art und Güte" ist. Die Ware muss also brauchbar und verkäuflich sein.

[123]) A. 347, Abs. 2.

[124]) A. 347, Abs. 3.

[125]) Vgl. Entsch. d. R. O. H. G., Bd. 5, S. 395.

[126]) A. 349, Abs. 2, 3.

[127]) Vgl. unten den dogmatischen Teil.

nur für den eigentlichen Handel einige Besonderheiten zu bestimmen[128]), die nach § 377 nur dann zur Anwendung kommen, wenn das Geschäft für beide Teile Handelsgeschäft ist.

Das französische Recht des Code civil, das im Badischen Landrecht von 1809 eine wörtliche Übersetzung gefunden hat, steht fast ganz auf römischem Boden[129]). Jedoch unterliegt die Haftung für dicta et promissa den Grundsätzen über Erfüllung[130]). Der Begriff des Mangels ist insofern modifiziert, als dem subjektiven Empfinden des Käufers ein gewisser Einfluss eingeräumt ist. Es kommt nämlich darauf an, ob der Erwerber den Gegenstand bei Kenntnis des Fehlers überhaupt nicht oder nur um einen geringeren Preis gekauft hätte. A. 1641, 1642. Die wahlweise gegebenen Klagen auf Wandelung und Minderung verjähren innerhalb kürzerer Fristen, die sich aber nach dem Ortsgebrauche richten[131]).

Nach dem Code gilt für Viehkäufe das gleiche Recht. Dieser Zustand wurde aber am 20. Mai 1838 durch ein Gesetz: „loi des vices redhibitoires des animaux domestiques" geändert[132]), das wesentlich auf deutschrechtlicher Grundlage beruht. Ein entsprechendes Gesetz war für Baden schon unter dem 20. Juni 1806 erlassen worden, das später durch ein neues Gesetz vom 29. April 1853 ersetzt wurde.

Die neuesten Gesetzentwürfe, nämlich die von Hessen

---

[128]) Vgl. unten das Nähere § 11, S. 85.

[129]) Die Materie ist beim Kaufe behandelt. A. 1641—1649 C. c. Wie für das gemeine Recht ist auch beim französischen die Anwendbarkeit dieser Artikel auf den Genuskauf anzunehmen, nicht aber bei Miete, A. 1721, und Werkverdingung, A. 1789, 1792.

Vgl. Zachariae-Crome, Französisches Civilrecht, 8. Aufl., Bd. 2 § 335.

[130]) Vgl. A. 1603, 1610, 1184, 1146 ff. Entsch. d. R. G. in Civils., Bd. 8, S. 298.

[131]) A. 1648. Erforderlichenfalls ist sie vom Richter festzusetzen. Über den Beginn der Frist herrscht Streit. Herrschende Ansicht ist jetzt, dass die Frist mit dem Tage beginnt, den das Gericht festsetzt. Vgl. Sirey 87 I, 316.

[132]) Dieses Gesetz erfuhr eine Abänderung durch das Gesetz vom 2. August 1884.

1853[133]), von Bayern 1860[134]) und der auf Veranlassung des deutschen Bundes 1866 in Dresden fertig gestellte Entwurf eines Obligationenrechts[135]), haben sich mit mehr oder weniger Modifikationen dem römisch-gemeinen Rechte angeschlossen.

Die Kodifikationen des Auslandes. Das Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 fusst im wesentlichen auf römischem Rechte.

Dagegen scheint das österreichische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 vom preussischen Allgemeinen Landrecht stark beeinflusst zu sein. Denn wie in diesem ist die Materie im österreichischen B. G. B. unter den allgemeinen Bestimmungen über Verträge behandelt[136]). Ebenso sind Entwehrung und Gewährleistung für Mängel zusammengefasst[137]). Die Rechtsbehelfe verjähren abweichend in 6 Monaten bezw. 3 Jahren[138]). Sie sind davon abhängig, ob der Mangel gehoben werden kann oder nicht[139]). Auch für Viehmängel sind Sondervorschriften getroffen, denen ebenfalls das preussische Recht zum Vorbild gedient hat[140]).

Von den übrigen Gesetzgebungen des Auslandes wurden das italienische, spanische und portugiesische Recht verglichen[141]). Von ihnen enthalten der Codice civile d'Italia von 1865 in den Artikeln 1498—1506[142]) und der Codigo civil español von 1889 in den Artikeln 1484—1499 fast wörtliche Übersetzungen des Code civil. Das spanische Recht

---

[133]) A. 164 ff.

[134]) A. 317 ff.

[135]) A. 172 ff.

[136]) §§ 922—933 Ö. B. G. B.

[137]) § 923.

[138]) § 933.

[139]) § 932.

[140]) §§ 924, 925.

[141]) Das übrige Recht des Auslandes konnte nicht herangezogen werden, da dem Verfasser das notwendige litterarische Material nicht zugänglich war.

[142]) Für den Viehkauf hat der Gerichtsgebrauch besondere, an das deutsche Recht sich anlehnende Normen geschaffen. Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 688.

hat ebenfalls besondere, auf deutsches Recht zurückgehende Bestimmungen für den Viehkauf.

Dagegen weicht das portugiesische Recht vom römischen Recht völlig ab und zeigt eher eine Annäherung an einen Gedanken des preussischen Rechtes. Die Hauptbestimmung enthält Artikel 1582 des Codigo civil Portuguez vom 1. Juli 1870:

> O contracto de compra e venda não poderá ser rescindido com o pretexto de lesão ou de vicios da causa denominados redhibitorios, salve se essa lesão ou esses vicios envolverem erro que annulle o consentimento nos termos declarados nos artigos 656, a. 668e, 687, a. 701, ou havendo estipulação expresso un contrário.

Danach tritt die Haftung nur ein, wenn sich der Käufer über die Eigenschaften des gekauften Objekts im Irrtum befunden hat. A. 657 C. c. P. Dem Käufer steht nur eine Klage zu Gebote; die Nullitätsklage. Sie verjährt in einem Jahre[143]). Die Parteien können die Gewährleistung durch Vertrag anders bestimmen.

---

[143]) A. 656, 668. Vgl. A. 689:

> A acção de rescisão por causa de erro prescreve pelo praso de um anno, contado desde o dia em que o engenado teve conhecimento do erro.

Zweite Abteilung.

Dogmatischer Teil.

Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 6. Vorbemerkung.

Die Regelung der Gewährleistungspflicht im bürgerlichen Gesetzbuche ist im Anschlusse und in Fortbildung des gemeinen Rechts oder, was etwa das Gleiche sagen will, des römischen Rechts erfolgt[144]). Natürlich ist auch das germanische Recht nicht ohne Einfluss geblieben. Insbesondere zeigen das die Bestimmungen über Viehmängel. Das bürgerliche Gesetzbuch ist somit mit seiner Ausgestaltung der Materie im wesentlichen den neueren Kodifikationen gefolgt[145]). Es regelt die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe. Der erste Entwurf weicht hiervon ab, indem er die entsprechenden Normen im allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse giebt[146]). Die Kommission zweiter Lesung hat sich jedoch zu der Gesetz gewordenen Anordnung entschlossen, weil auf dem Gebiete des Kaufes „die Hauptanwendungsfälle liegen" und durch die Behandlung der Gewährleistung beim Kaufe „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnt"[147]).

Über die Einteilung des Stoffes möge das Folgende genügen.

---

[144]) Vgl. oben § 4.

[145]) Vgl. Motive Bd. 2, S 224 und oben § 5.

[146]) §§ 381 ff. des Entwurfs I. Lesung. Motive Bd. 2, S. 211.

[147]) Protokolle der Kommission II. Lesung, S. 1312.

Das Gesetz kennt als Rechtsbehelfe im Falle der Gewährleistung die Rechte auf Wandelung und Minderung. Es wird sich daher empfehlen, zunächst einmal diese Rechte zu untersuchen, bevor deren Voraussetzungen dargestellt werden. Zum Begriff der Voraussetzungen rechne ich auch gewisse Umstände, die ich negative Vorbedingungen nennen möchte. Es sind das Umstände, deren Vorhandensein die Gewährleistungsverbindlichkeit ausschliesst.

Den Schluss sollen die Besonderheiten der Haftung für Viehmängel bilden.

Erster Abschnitt.

§ 7. Die Rechte auf Wandelung und Minderung.

Nach § 462 B. G. B. kann der Käufer wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Der Inhalt dieser Rechte wird im Einzelnen durch die §§ 467 ff. bestimmt. Danach soll die Wandelung nach denselben Grundsätzen behandelt werden wie das vertragsmässige Rücktrittsrecht[148]). Nur eine Ausnahme ist gemacht. Während nämlich nach § 352 das Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist, sobald der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umgestaltung umgebildet hat, erlischt das Recht auf Wandelung in diesen Fällen nicht, wenn der Mangel sich erst hierbei gezeigt hat. (§ 467 B. G. B.)[149]). Im einzelnen enthält das Gesetz dann noch Anordnungen, wie das Wandelungsrecht beim Kauf mehrerer Sachen, von denen nur einige mangelhaft sind, bei dem Kauf einer Haupt- und Nebensache auszuüben und wie der Gesamtpreis herabzusetzen ist,

---

[148]) Vgl. §§ 346 ff. B. G. B. § 349 konnte nicht erwähnt werden, da das vertragsmässige Rücktrittsrecht durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teile ausgeübt wird, während für das Wandelungsrecht andere Grundsätze gelten. § 355 findet keine Anwendung, da das Recht auf Wandelung verjährt. Für die Fristsetzung gilt § 466 B. G. B.

[149]) So schon nach bisherigem Rechte. Vgl. Entsch. d. R. G., Bd. 3, S. 216, Bd. 6, S. 303.

wenn nur in Ansehung einzelner Sachen die Wandelung stattfindet[150]).

Das Recht auf Minderung ist in dem § 472 B. G. B. dahin geregelt, dass der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde[151]). Im Falle des Verkaufes mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreise ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen. (§ 472 Abs. 2 B. G. B.) § 473 B. G. B. endlich regelt den Fall, dass die Gegenleistung des Käufers aus Geld und Leistungen nicht vertretbarer Sachen besteht. Alsdann sollen diese Leistungen in Geld veranschlagt werden. Die Herabsetzung des Kaufpreises infolge der Minderung soll dann in der Weise erfolgen, dass die Geldsumme herabgesetzt wird, und, falls diese geringer als der abzusetzende Betrag ist, dass der Verkäufer den überschiessenden Betrag an den Käufer zahlt. Ein Beispiel mag den Paragraphen erläutern. Es kauft jemand ein Grundstück. Als Kaufpreis soll er dem Verkäufer 10,000 Mk. zahlen und ihm ein anderes Grundstück auflassen. Das gekaufte Grundstück erweist sich als mangelhaft. Es ergiebt sich nun folgende Rechnung. Hat das mangelhafte Grundstück nur einen Wert von 60,000 Mk., während es in mangelfreiem Zustande 80,000 Mk. wert wäre, und beträgt der Wert des in Zahlung gegebenen Grundstückes 90,000 Mk., so hätte der Käufer die Herabsetzung bezw. Herauszahlung des Kaufpreises in Höhe von 25,000 Mk. zu verlangen. Nach § 473 hat infolgedessen der Verkäufer die gezahlten 10,000 Mk. und ausserdem noch 15,000 Mk. zu zahlen[152]).

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass bei mehreren

---

[150]) Vgl. die §§ 469—471 B. G. B.

[151]) Entsprechend der jetzt herrschenden Ansicht im bisherigen Recht. Vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. 2, S. 383, Anm. 27; derselbe, Pandekten, Bd. 2 § 100.

[152]) § 473 ist von besonderer Bedeutung für den Tausch. Es wird hierbei fingiert, dass die Geldleistung gleich Null sei. Der eine Vertragsteil, der mangelhaft geliefert hat, hat also, wenn die Voraussetzungen des § 473 vorliegen, stets eine Geldsumme zu zahlen.

Beteiligten von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden kann. § 474 Abs. 1 B. G. B.[153]).

Dem Käufer ist die Möglichkeit gegeben, nach vollzogener Minderung wegen eines anderen Mangels von neuem seine Rechte geltend zu machen. § 475 B. G. G. Nach § 462 steht dem Käufer das Wahlrecht zu, ob er Wandelung oder Minderung verlangen wolle. Das Wahlrecht erlischt aber, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit einem von beiden Rechten einverstanden erklärt hat. § 465 B. G. B. Danach ist das Verlangen des Käufers ein Vertragsantrag. Es finden mithin auf ihn die überhaupt für Verträgsanträge geltenden Bestimmungen des Gesetzes Anwendung[154]). Der Käufer ist also in diesem Falle an seinen Antrag gebunden und kann bis zum Ablauf der Annahmefrist sein Wahlrecht nicht ausüben. Ausserdem steht es nach § 466 dem Verkäufer frei, falls ihm der Käufer einen Mangel anzeigt, sich zur Wandelung zu erbieten und dem Käufer eine Frist zur Erklärung über sein Einverständnis zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablaufe der Käufer sein Wandelungsrecht nicht mehr ausüben kann.

Was nun die rechtliche Konstruktion der Rechte auf Wandelung und Minderung anlangt, so bestehen hierüber bereits in der Theorie Kontroversen. Die grosse Mehrzahl der Schriftsteller[155]) nimmt im Anschluss an die von der Kommission 2. Lesung ausgesprochene Ansicht an, dass die Wandelung bezw. Minderung ein Vertrag sei. Diese Auffassung gründet sich auf § 465 B. G. B., welcher lautet:

> Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.

Diese sog. Vertragskonstruktion hat zur Folge, dass der Käufer stets mit dem Antrage klagen muss, dass sich der

---

[153]) Damit ist aber die Wandelung ausgeschlossen. Abs. 2: denn das Recht auf Wandelung ist gemäss 467, 356 B. G. B. unteilbar.

[154]) § 145 ff. B. G. B.

[155]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch zu § 462, No. 3. Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. Bd. I § 161, No. 13. Küntzel in Gruchot's Beiträgen, Bd. 41, S. 432 ff. Flechtheim, ebenda, Bd. 44, S. 72 ff. Neumann, Handausgabe des B. G. B. § 462, No. 1 und 2.

Verkäufer mit der Rückgängigmachung des Kaufes oder der Herabsetzung des Kaufpreises einverstanden erkläre; die Klage ist also stets auf Verurteilung zur Eingehung eines Vertrages gerichtet.

Gegen diese Konstruktion hat sich Eccius gewendet[156]). Er ist der Ansicht, dass durch die Bestimmung des § 465 dem Käufer noch nicht das Recht genommen sei, Rückgängigmachung des Kaufes und Minderung ohne das Verlangen eines Vertragsabschlusses darüber zu verfolgen und zu vollziehen. Damit aber ist dem Käufer sofort die Klage auf Leistung gemäss den §§ 467 ff. und 472 ff. gegeben. Sein Haupteinwand gegen die Vertragskonstruktion besteht darin, dass seiner Ansicht nach diese Konstruktion im Gesetze keinen zwingenden Ausdruck gefunden habe[157]). Zudem führe sie zu einem höchst unpraktischen Ergebnis. Denn es müsse erst das Urteil auf Einwilligung in die Wandelung oder Minderung rechtskräftig sein (§ 894 C. P. O.), ehe auf die thatsächlichen Leistungen geklagt werden könne, da beide Klagen nicht verbunden werden könnten[158]). Die Ansicht von Eccius ist m. E. die richtige. Ausser den bereits angeführten Gründen spricht namentlich die Entstehungsgeschichte des § 465 dafür. Dieser Paragraph hat seit dem ersten Entwurfe eine mannigfaltige Umgestaltung erlitten. § 384 des I. Entwurfes, dem § 465 entspricht, lautete nämlich:

---

[156]) In Gruchot's Beiträgen, Bd. 43, S. 305 ff.

[157]) Eccius meint, man könne sich den § 465 ebenso durch ein vor „vollzogen" eingeschobenes „schon" wie durch ein „erst", wie es die Anhänger der Vertragskonstruktion wollen, ergänzen.

[158]) Hiergegen hat sich Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 44, S. 73 ff. gewendet. Er meint, dass beide Klagen sehr wohl verbunden werden könnten, da der Richter erst in dem Augenblicke der eingetretenen Rechtskraft als judicierend zu denken sei. Er führt zwei angeblich analoge Fälle an. Der eine aus dem französischen Recht passt m. E. nicht, da die Aufhebung des Vertrages schon gesetzlich begründet und nur durch den Richter noch auszusprechen ist. Der andere Fall liegt ähnlich. Er betrifft die Exmissionsklage bei Mietsrückständen. Hier klagt der Vermieter gar nicht auf Aufhebung des Vertrages, sondern auf Räumung: denn mit der Nichtzahlung der Miete ist der Vertrag aufgelöst und dem Vermieter steht ohne weiteres das Recht zu, die Folgen des aufgehobenen Vertrages geltend zu machen.

> Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften des § 208 und des § 209 Satz 1 entsprechende Anwendung.

Damit sind die Vorschriften über die Wahl bei Alternativobligationenen für anwendbar erklärt. Wie sich aus diesen Paragraphen und den Motiven S. 228 ergiebt, hatte § 384 nur den Zweck, das Wahlrecht des Käufers (Erwerbers) zu regeln und zu begrenzen. Auch in der Kommission 2. Lesung [159]) war derselbe Gedanke bestimmend, wie der § 402 2. Lesung deutlich zeigt. Erst in der Bundesratsvorlage wurden die §§ 465, 466 B. G. B., die bis dahin im § 402 zusammengefasst gewesen waren, offenbar aus redaktionellen Rücksichten als zwei getrennte Paragraphen geschaffen. § 465 hat also nur die Bedeutung, zu einer bestimmten Zeit einmal für den Käufer eine Gebundenheit zu erzeugen, so dass er nachher nicht mehr sein Wahlrecht ausüben kann.

Es ergiebt sich mithin folgendes, wie ich glaube, praktische Resultat. Der Inhalt des Rechtes auf Wandelung ist Rückgängigmachung des Kaufes, der des Rechtes auf Minderung Herabsetzung des Kaufpreises. Beides lässt sich dahin zusammenfassen, der Inhalt der Rechte auf Wandelung bezw. Minderung ist das Recht auf gänzliche bezw. teilweise Aufhebung des Anspruches des Verkäufers auf den Kaufpreis. Dieses Recht gestaltet sich verschieden. Es sind nämlich drei Fälle denkbar: Nur der Verkäufer hat geleistet, oder nur der Käufer hat geleistet, oder beide haben erfüllt. Im ersten Falle ist zu berücksichtigen, dass für die Wandelung die analoge Anwendung der Vorschriften für das vertragsmässige Rücktrittsrecht vorgeschrieben ist. § 467 B. G. B. Es sind mithin die §§ 346, 348 B. G. B. anzuwenden. Danach sind die erfolgten Leistungen, und zwar Zug um Zug, zurückzugewähren. Der Käufer muss also auf Anerkennung seiner Befreiung von der Zahlungsverbindlichkeit Zug um Zug gegen Zurückgabe der Sache klagen [160]). Im zweiten und dritten Falle kann er den

---

[159]) Vgl. B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 664 ff.

[160]) Vgl. § 894 C. P. O.

Kaufpreis zurückverlangen, im dritten aus dem eben angeführten Grunde nur Zug um Zug gegen Herausgabe der Sache. Ebenso verhält es sich, wenn der Käufer sein Minderungsrecht ausübt.

Die Rechte sind also ihrem Inhalte nach des öfteren auf Aufgabe einer Willenserklärung gerichtet. Nun sind sie aber andererseits, um sie der Verjährung unterwerfen zu können, im Gesetze als „Ansprüche" bezeichnet, da man von dem allgemeinen Grundsatze, dass nur Ansprüche verjähren können, nicht abgehen wollte. Thatsächlich sind sie keine „Ansprüche", denn nach § 194 B. G. B. sind nur Ansprüche die Rechte von einem anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen. Fasst man nun die Rechte auf Wandelung und Minderung als Rechte auf Abschliessung eines Vertrages, so sind sie stets auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet. Die Abgabe einer Willenserklärung ist aber niemals ein Thun[161]). Nimmt man aber die von mir vertretene Ansicht an, so fehlt es, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, ebenfalls an einem „Anspruche", da die Klage nur auf Feststellung geht. Es liegt in dieser angeblichen Konstruktion ein Fehler des Gesetzes. Entweder hätte man die Verjährung nicht auf die Ansprüche beschränken sollen, oder man hätte den Begriff des Anspruches nicht gesetzlich festlegen dürfen.

Dass die Rechte auch einredeweise geltend gemacht werden können[162]), kann keinem Zweifel unterliegen. Wie

---

[161]) Dass die Rechte auf Wandelung und Minderung nicht immer Ansprüche sind und daher ihre Subsumtion unter den Anspruchsbegriff Bedenken unterliegt, hat bereits Fischer zutreffend in den „Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs", im Heft 6: „Recht und Rechtsschutz" § 8, S. 85 ff. hervorgehoben. Vgl. ferner Fischer-Henle, Handausgabe zum B. G. B., Anm. 1 zu § 194. Gegen Fischer hat Küntzel in Gruchot's Beiträgen, Bd. 41, S. 432 ff. sich gewendet, indem er behauptet, die Rechte auf Wandelung und Minderung seien Ansprüche, da sie stets auf ein „Thun", nämlich auf Abgabe einer Willenserklärung gingen. Diese Behauptung Küntzel's ist schlagend durch Friedenthal, a. a. O., S. 59 ff. widerlegt worden.

[162]) Flechtheim, a. a. O., S. 84 ff. bezweifelt zunächst das Bestehen der „Einreden" der Wandelung und Minderung, kommt aber schliesslich doch zu dem Ergebnis, dass sie wirksam geltend gemacht werden können.

Flechtheim richtig hervorhebt[163]), ist zwischen dem Einwand der Wandelung bezw. Minderung und der Einrede zu unterscheiden. Während durch den Einwand dem Anspruche des Verkäufers entgegengehalten wird, er sei bereits durch im Wege der Vereinbarung erfolgte Vollziehung der Wandelung oder Minderung erledigt, hat die Einrede eine andere Aufgabe. Denn die Einrede im Sinne des B. G. B. ist[164]) „eine Art subjektiver Berechtigung, welche darin besteht, eine geschuldete Leistung auf Grund eines bestimmten Umstandes gleichwohl verweigern zu dürfen". Solche Einreden sind die Einreden der Wandelung und Minderung, die nach § 478 auch nach der Verjährung der Rechte vorgeschützt werden können. Denn sie berechtigen den Käufer, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandelung und Minderung hierzu berechtigt sein würde. Diese Einreden stehen dem Käufer aber nur zu, wenn der Verkäufer arglistig gehandelt oder der Käufer vor Verjährung der Rechte eine Mängelanzeige an den Verkäufer erstattet oder doch abgesendet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt[165]) oder dem Verkäufer den Streit verkündet hat[166]). Für die Einrede vor Verjährung der Rechte enthält das Gesetz keine Bestimmung. Es müssen aber für sie dieselben Grundsätze gelten, wie für die Einreden nach der Verjährung[167]). Das heisst, ihr Inhalt ist, wie oben angeführt, dem der Rechte selbst entsprechend. Eine Modifikation ergiebt sich insofern, als die Fälle der Zahlung des

---

[163]) a. a O., S. 78.

[164]) Vgl. über den Begriff der Einrede im Sinne des B. G. B. Friedenthal, Einwendung und Einrede in der C. P. O. und dem B. G. B., insbes. S. 37 ff.

[165]) § 478 B. G. B. Durch § 488 C. P. O. ist das Verfahren zur Sicherung des Beweises beim Vorliegen von Mängeln von den Voraussetzungen des § 485 C. P. O. befreit.

[166]) § 478.

[167]) Flechtheim will diese Einreden als Arten der Chikaneeinrede aufgefasst wissen, S. 86 ff. Diese Konstruktion ist m. E. nicht notwendig, da die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Einreden nach der Verjährung sehr wohl Platz greifen kann. Vgl. auch die Protokolle 2. Lesung bei Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 679.

Käufers notwendig wegfallen. Selbstverständlich sind die Einreden vor der Verjährung nicht von den besonderen Voraussetzungen des § 478 B. G. B. abhängig.

Zweiter Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung.

§ 8. Die Rechtsgeschäfte.

Die erste notwendige Voraussetzung für eine Mängelhaftung ist das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes, da die Gewährleistungsverbindlichkeit ohne ein zu Grunde liegendes Rechtsgeschäft undenkbar ist. Ist das Rechtsgeschäft nichtig oder mit Recht angefochten, so kann von Gewährleistung keine Rede mehr sein. Es kauft z. B. ein sechsjähriges Kind ein Loos irgend einer Lotterie, es schliesst also einen Lotterievertrag. Der Vertrag ist nach den §§ 104, 105 B. G. B. nichtig, da das Kind geschäftsunfähig ist. Gewinnt nun das Kind einen Gegenstand, der sich als mangelhaft erweist, so kann sein Gewalthaber hieraus nicht die Rechte auf Wandelung oder Minderung herleiten. Also es muss ein gültiges Rechtsgeschäft vorliegen, falls eine Gewährleistungsverbindlichkeit zur Entstehung kommen soll. Soll aber jedes Rechtsgeschäft zur Mängelhaftung verpflichten? Doch sicherlich nicht. Man denke sich nur den Fall, ein Bettler komme in ein Haus, um ein Almosen zu erhalten. Es giebt ihm jemand ein altes Kleidungsstück, das sich als zerschlissen erweist. Niemand wird dem Bettler irgend einen Anspruch auf Schadensersatz oder ein sonstiges Recht geben wollen. Es kommt also auf den Charakter des Geschäftes an. Das B. G. B. trägt diesem Umstande Rechnung und behandelt deshalb, wie schon erwähnt, die Rechte auf Gewährleistung bei dem Kaufe[168]), da

---

[168]) Und zwar auch beim Handelskaufe sind die Vorschriften des B. G. B. anzuwenden. § 377 H. G. B. erfordert nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften noch die Vornahme gewisser Handlungen vom Käufer. Das Nähere siehe unten S. 58.

sie bei ihm die häufigste Anwendung finden[169]). Das Gesetz schliesst sich in dieser Beziehung ganz dem römischen, germanischen und gemeinen Rechte an[170]).

Kraft positiver Vorschrift hat das Gesetz für einige besondere Fälle des Kaufes die Mängelvertretung ausgeschlossen. So hat der Verkäufer dann nicht Mängel des verkauften Gegenstandes zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechtes in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft worden ist, § 461 B. G. B. Der Verkauf muss also auf Grund eines Pfandrechtes erfolgt sein. Erfolgt z. B. die Versteigerung im Wege des Selbsthülfeverkaufes, da sich die geschuldete Sache bei Annahmeverzug des Gläubigers nicht zur Hinterlegung eignet, § 383 B. G. B., so hat der Verkäufer Gewähr zu leisten. Das Gleiche gilt, wenn die Sache zwar auf Grund eines Pfandrechtes, aber nicht in öffentlicher Versteigerung verkauft wird, z. B. im Falle des § 1221 B. G. B. Die Ausnahmebestimmung des § 461 B. G. B. hat ihren Grund darin[171]), dass jedermann durch die besondere Art des Verkaufes erkennen und demgemäss sein Gebot einrichten kann[172]).

Aus einem anderen Grunde ist die Mängelhaftung beim Erbschaftskaufe, § 2376 Abs. 2 B. G. B., und der analog be-

---

[169]) Der erste Entwurf behandelte die Normen über die Gewährleistung im allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse §§ 381 ff. und unterwarf der Mängelhaftung jeden — entgeltlichen und unentgeltlichen — Veräusserungsvertrag. Infolge der Kritik, die namentlich auf die Konsequenzen hinwies, wenn man den Veräusserer auch beim unentgeltlichen Veräusserungsvertrage in gleicher Weise wie beim entgeltlichen haften lasse, ist die Haftung schon im Entwurf 2. Lesung auf entgeltliche Verträge beschränkt und sind die Grundsätze aus den oben S. 34 angeführten Gründen beim Kaufe behandelt werden.

[170]) Im Sinne des geltenden Rechts ist auch ausdrücklich im § 480 die Anwendbarkeit der Gewährleistungsgrundsätze auf den Gattungskauf ausgesprochen.

[171]) Der § 461 ist erst in 2. Lesung aufgenommen worden. Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 659, 660.

[172]) Vgl. § 806 C. P. O., der die entsprechende Vorschrift für die Veräusserung auf Grund einer Pfändung, und § 56 des R. Zw. Verst. Ges. vom 24. März 1897, für die Veräusserung auf Grund des Zuschlages beim Versteigerungsverfahren ausspricht.

handelten Weiterveräusserung einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft, § 2385 Abs. 1 B. G. B., ausgeschlossen. Nach § 2371 B. G. B. ist der Erbschaftskauf der Kauf einer dem Verkäufer als Erben angefallenen Erbschaft. Erbschaft bedeutet „den Inbegriff der einzelnen zur Erbschaft gehörigen Gegenstände", d. h. nach § 1922 das Vermögen des Erblassers als Ganzes[173]). Es handelt sich beim Erbschaftskauf also um den Kauf eines Inbegriffes von Vermögensgegenständen und die Absicht der Parteien geht regelmässig[174]) nur auf Übertragung der Erbschaft in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit des Erwerbes der Erbschaft befand[175]). Mit Rücksicht auf diese Natur des Erbschaftskaufes ist der Verkäufer von der Gewährleistungsverbindlichkeit befreit[176]).

In Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Kodifikationen[177]) hat das B. G. B. die Rechte auf Gewährleistung noch bei einer grossen Anzahl von Rechtsgeschäften für anwendbar erklärt. Das Gesetz bedient sich hierbei einer etwas eigenartigen Technik: es verfährt nämlich in dreifacher Weise. Einmal spricht es bei einer Reihe von Geschäften positiv aus, dass für sie die gleichen Grundsätze über die Mängelhaftung gelten sollen wie beim Kaufe. Dann wieder wird bei anderen Geschäften die Gewährleistung in besonderer Weise geregelt. Schliesslich wird für eine dritte Gruppe durch eine generalis clausula die Gewährleistungspflicht statuiert. Diese Art der Technik des Gesetzes erklärt sich aus der Verschiedenheit der einzelnen Geschäfte, die mit Rücksicht auf ihre besondere Natur nicht unter einer Generalregel zusammengefasst werden konnten. Zu der ersten Gruppe gehören der Tausch, die Hingabe an Erfüllungsstatt, die Teilung einer Gemeinschaft und die Teilung bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft und bei der Erbengemeinschaft.

---

[173]) Vgl. Neumann, Handausgabe zum B. G. B., Bd. 2 § 2371, Anm. 1a.

[174]) Vgl. aber § 2375 B. G. B.

[175]) §§ 2374, 2375 B. G. B.

[176]) Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 199 ff., 807.

[177]) Vgl. oben § 5.

Die Vorschrift für die Hingabe an Erfüllungsstatt enthält § 365 B. G. B. Danach hat der Schuldner wegen eines Mangels der an Erfüllungsstatt gegebenen Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.

Was den Tausch anlangt, so finden nach § 515 B. G. B die Rechtssätze über den Kauf, mithin auch die der Mängelhaftung, entsprechende Anwendung.

Bei der Aufhebung und Teilung einer Gemeinschaft[178]) enthält das B. G. B. im § 757 eine entsprechende Bestimmung wie bei der Hingabe an Erfüllungsstatt. Jeder Teilhaber haftet seinem Anteil entsprechend, so dass bei der Wandelung jeder anteilsmässig den Teil der Summe bezahlen muss, die als Anteil des wandelnden Teilhabers festgesetzt ist und für die er die mangelhafte Sache erhalten hat. Ebenso ist bei der Minderung zu verfahren. Das Gleiche gilt nach § 1477 für die allgemeine Gütergemeinschaft, nach § 1546 Abs. 2 für die Errungenschafts-, nach § 1549 für die Fahrnisgemeinschaft und nach § 2042 für die Auseinandersetzung der Miterben.

Die zweite Gruppe. Hierzu sind zu rechnen: die Schenkung, die Miete, der Werkvertrag, der Werklieferungsvertrag, die Ausstattung eines Kindes und das Gattungsvermächtnis.

Dieser Gruppe ist gemeinsam, dass zwar eine Gewährleistungsverbindlichkeit in grösserem oder geringerem Masse besteht, dass aber die einzelnen Normen dem besonderen Charakter des einzelnen Geschäftes entsprechend anders gestaltet sind als beim Kaufe. Da es sich in vorliegender Arbeit nur um Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung oder Minderung handelt, würden eigentlich nur der Werk- und der Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen[179]) in Betracht kommen, der Vollständigkeit halber soll aber auch kurz auf die anderen Geschäfte eingegangen werden.

---

[178]) Und nach § 731 ebenso für die Teilung bei Aufhebung einer Gesellschaft.

[179]) Der Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen ist nach § 651 analog dem Kaufe zu behandeln. — Der Werk- und Werklieferungsvertrag kommen insofern in Betracht, als bei ihnen vom Gesetz die Rechte auf Wandelung und Minderung gegeben sind.

Bei der Schenkung (§ 524 B. G. B.) ist mit Rücksicht auf ihren liberalen Charakter die Gewährleistung sehr eingeschränkt. Nur wenn der Schenker arglistig gehandelt hat, ist er schadensersatzpflichtig. Eine besondere Bestimmung findet sich § 524 Abs. 2 für den Fall, dass das Schenkungsversprechen auf Leistung einer erst zu erwerbenden, nur der Gattung nach bestimmten Sache geht.

Das Gleiche gilt für die Ausstattung eines Kindes nach § 1624 Abs. 2 B. G. B.

Eine ähnliche Vorschrift wie bei der Schenkung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache enthält § 2183 für das Gattungsvermächtnis.

Für die Miete ist eine eingehende Regelung in den §§ 537—540 B. G. B. gegeben, die sich in gewisser Weise den Vorschriften über die Gewährleistung beim Kaufe anschliesst. Der Mieter kann zwar bei Fehlern, die die Tauglichkeit der gemieteten Sache zu dem vertragsmässigen Gebrauche aufheben, nicht die Aufhebung des Vertrages verlangen, aber er braucht, so lange der Mangel nicht behoben ist, keine Miete zu zahlen. Wird die Gebrauchsfähigkeit nur gemindert, so darf er sich einen Abzug von der Miete machen, der nach den Bestimmungen über das Recht der Minderung zu berechnen ist. Unter gewissen Voraussetzungen hat er einen Schadensersatzanspruch. Die Haftung des Vermieters fällt fort, wenn der Mieter bei dem Abschlusse des Vertrages den Mangel kennt oder grob fahrlässig nicht erkennt[180]), ausserdem im Falle einer vorbehaltlosen Abnahme einer mangelhaften Sache trotz Kenntnis des Mangels. Abweichende Vereinbarungen über die Haftung sind gültig, wenn nicht der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Die Gewährleistung des Unternehmers beim Werkvertrage und dem Werklieferungsvertrage über nicht vertretbare Sachen, der nach § 651 den Normen des Werkvertrages unterliegt, ist eingehend in den §§ 633—635, 637, 638 B. G. B. geordnet. Im wesentlichen gelten die gleichen Grundsätze wie beim Kaufe, jedoch mit folgenden Modifikationen. Einmal

---

[180]) Im Falle der groben Fahrlässigkeit des Mieters haftet aber der Vermieter, wenn er arglistig gehandelt hat §§ 539, 460.

kann der Besteller bei mangelhafter Herstellung des Werkes Beseitigung des Mangels verlangen und hierauf klagen, auch, wenn der Unternehmer sich im Verzuge befindet, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der Aufwendungen verlangen. Dieses Recht, sowie das Recht auf Beseitigung des Mangels hat er aber nicht, wenn letztere einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert und der Unternehmer aus diesem Grunde die Beseitigung des Mangels verweigert. Andererseits hat der Besteller die Rechte auf Wandelung und Minderung, und zwar nur sie, nicht mehr den Anspruch auf Beseitigung des Mangels, wenn er dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, dass er nach deren fruchtlosem Ablaufe die Beseitigung des Mangels ablehne, und sie innerhalb der Frist nicht erfolgt. Die Bestimmung der Frist ist aber auch notwendige Voraussetzung der Rechte auf Wandelung und Minderung, wenn nicht die Beseitigung des Mangels unmöglich, oder von dem Unternehmer verweigert, oder die Geltendmachung der Rechte durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist. Ferner ist das Recht auf Wandelung ausgeschlossen, wenn der Mangel nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes herbeigeführt hat. Die Verjährung ist insofern von dem für den Kauf geltenden Rechte abweichend, als die Frist bei Bauwerken fünf Jahre beträgt und die Verjährung überhaupt von der Abnahme des Werkes an läuft. Zugleich sind die allgemeinen Grundsätze über die Verjährung durchbrochen, da nach § 638 Abs. 2 die Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden kann[181]).

Die dritte Gruppe endlich wird durch § 493 B. G. B. bestimmt. § 493 lautet:

> Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

---

[181]) Vgl. unten Anm. 209 S. 62.

Zunächst ergiebt sich, dass es sich nur um Verträge, und zwar um entgeltliche, handelt. Ferner beschränkt die Vorschrift die Gewährleistung auf Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gerichtet sind. Schliesslich ordnet der Paragraph im Gegensatz zu der Behandlung der ersten Gruppe nur entsprechende Anwendung an.

Zu den Verträgen, die auf eine Veräusserung gegen Entgelt gerichtet sind, sind vornehmlich der Vergleich, der Lotterie- und der Leibrentenvertrag zu rechnen.

Der Vergleich, § 779 B. G. B., ist ein Vertrag, der in der Regel auf eine Veräusserung gerichtet ist. Je nach seinem Inhalte bestimmt sich die Gewährleistung. Anders, wenn ein Kauf, anders, wenn ein Tausch den Gegenstand des Vergleiches bildet und so je nach dem Inhalte des Vergleiches.

Bei dem Lotterievertrage, § 763 B. G. B., ist der Unternehmer verpflichtet, „bestimmte Gewinne unter die Gesamtheit der Personen auszuloosen, die einen bestimmten Einsatz leisten“ [182]). Danach hat er dem Gewinner den Gewinn zu übereignen. Insofern ist der Lotterievertrag auf Veräusserung von Sachen gerichtet, nämlich auf Veräusserung der einzelnen Gewinne. Erweisen sich die Gewinne als mangelhaft, so tritt die Haftung für Mängel ein. Wird Wandelung verlangt, so hat der Spielende seinen Einsatz zurückzufordern, während der Unternehmer die mangelhafte Sache zurücknehmen muss. Bei der Minderung ergeben sich dieselben Grundsätze wie beim Kaufe.

Der Leibrentenvertrag [183]) gehört insofern hierher, als er durch die einzelnen Rentenleistungen auf Veräusserung von Sachen gerichtet ist. Die Wandelung vollzieht sich, sobald eine Leistung fehlerhaft ist, nach Vorschrift des § 471. Es hat also die vom Rentenberechtigten als Entgelt für die Leibrente gezahlte Summe gewissermassen die Stellung des Gesamtpreises beim Verkaufe mehrerer Sachen. Ebenso ist bei der Minderung § 472 Abs. 2 analog anzuwenden.

---

[182]) Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1 § 188.

[183]) §§ 759—761 B. G. B.

Die zweite Art Verträge, die unter § 493 fallen, sind diejenigen, die auf eine Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind. Hierher zu zählen sind diejenigen obligatorischen Verträge, die die Grundlage der abstrakten Verträge bilden, deren Inhalt auf Begründung der Belastung einer Sache abzielt. Es sind das die obligatorischen Verträge, durch die die Belastung eines Grundstücks mit einem Erbbaurechte oder mit Grunddienstbarkeiten, die Belastung von Sachen mit einem Niessbrauche oder mit einem Pfandrechte, die Belastung eines Grundstückes mit Reallasten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten vereinbart wird.

Auch bei der Belastung mit einer Reallast sind die Grundsätze über Mängelhaftung ohne weiteres anwendbar, sobald nur ein entgeltlicher obligatorischer Vertrag vorliegt. Es ergeben sich dieselben Sätze wie beim Leibrentenvertrag[184]). Auch hier kommen vor allem die §§ 471, 472 B. G. B. in Betracht.

§ 9. Die Objekte.

Im Gegensatze zum preussischen und österreichischen Rechte und in Übereinstimmung mit dem römischen und gemeinen Rechte hat das B. G. B. die Haftung wegen Mängel im Recht von der wegen Mängel der Sache getrennt[185]). Der Abschnitt über die Gewährleistung trägt daher die Überschrift: „Gewährleistung wegen Mängel der Sache". Sache hat im Sinne des B. G. B. eine technische Bedeutung. Denn nach § 90 sind Sachen nur körperliche Gegenstände. Zu den Sachen sind also nur diejenigen Gegenstände zu rechnen, welche körperlich wahrnehmbar sind. Auf den Aggregatzustand kommt es nicht an: es gehören mithin sämtliche körperlichen Gegenstände zu den Sachen, mögen sie sich in fester, flüssiger oder gasförmiger Form zeigen. Danach kann ein Gegenstand zunächst nicht als Sache im Sinne des Gesetzes erscheinen, in Zukunft aber durch die fortschreitende Wissenschaft oder Technik doch zur Sache werden, indem er körperlich dargestellt wird. So kann es mit der Elektrizität

---

184) Vgl. oben S. 48.

185) Vgl. über die Begründung Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 116, 117.

werden[186]). Nach dem heutigen Standpunkte der Wissenschaft und Technik ist jedenfalls die Elektrizität keine Sache, da sie nicht stofflich gedacht werden kann. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen[187]).

Zu den Sachen sind ferner die Inhaberpapiere zu rechnen. Dieser Schluss ist aus der Gleichstellung dieser Papiere mit den Sachen in den §§ 935 und 1006 B. G. B. zu ziehen. Dagegen sind Sachgesamtheiten keine körperlichen Gegenstände, mithin auch keine Sachen. Trotzdem kann auch bei ihnen auf Grund der §§ 462, 469, 471, 472 Gewährleistung gefordert werden.

§ 10. Die Mängel der Sachen.

Der Abschnitt des B. G. B.'s, der die §§ 459—493 umfasst, handelt von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache. Die Gewährleistung, die durch die Rechte auf Wandelung und Minderung geltend gemacht wird, setzt also voraus, dass die Sache Mängel hat. Schon hieraus, aber vor allem aus der Fassung des § 459 ergiebt sich unzweifelhaft, dass die Lieferung eines anderen als des gekauften Gegenstandes keine Gewährleistung begründet. Die Leistung eines aliud pro alio ist eben kein Mangel der gekauften Sache, sondern gar keine Erfüllung. Es finden mithin in diesem Falle die Vorschriften der §§ 280 ff., 283, 284 ff., 320 ff., 361, 363, 364 B. G. B. Anwendung.

Was das B. G. B. unter „Mängel" einer Sache versteht, spricht es im § 459 aus. Danach sind Mängel einerseits Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche

---

[186]) In strafrechtlicher Beziehung ist, da das Reichsgericht in mehrfachen Entscheidungen, vgl. Entsch. in Strafs., Bd. 29, S. 111 ff., Bd. 32, S. 165 ff., sich gegen die Sacheigenschaft der Elektrizität erklärt und damit die Unmöglichkeit einer Bestrafung wegen Diebstahls an Elektrizität ausgesprochen hat, ein besonderes Gesetz ergangen: Das Gesetz vom 9. April 1900 betreffend Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit (R. G. Bl. S 128).

[187]) Entsch. d. R. G. in Strafs., Bd. 29, S. 111. Deutsche Juristen-Zeitung 1899, S. 246. Endemann, a. a. O., Bd. 1 § 50.

aufheben oder mindern, und andererseits das Fehlen zugesicherter Eigenschaften.

Nach dieser Begriffsbestimmung[188]) sind Quantitätsmängel an sich nicht geeignet, die Haftung gemäss § 462 B. G. B. zu begründen; auch sie sind Mängel der Erfüllung und als solche zu behandeln. Quantitätsmängel können aber auch den Charakter der Qualitätsmängel haben. Ist dies der Fall, so sind sie auch wie diese Mängel im Sinne des § 459. Z. B. ein Teppich, der ein Zimmer vollständig ausfüllen soll, wird zu klein geliefert. In diesem besonderen Falle ist der Quantitätsmangel zugleich auch Qualitätsmangel.

Das Gesetz unterscheidet, wie erwähnt, zwei Arten von Qualitätsmängeln: wirkliche Fehler und Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften. In letzterem Falle kann die Sache sehr wohl völlig mangelfrei sein. Nicht so bei den eigentlichen Fehlern. Fehler sind nach § 459 Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Es sind also drei Begriffsmerkmale des Mangels gegeben: Aufhebung bezw. Minderung 1. des Wertes, 2. der Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen und 3. der Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche.

Unter Wert versteht man einmal den Tauschwert, d. h. die Menge Güter, die man für ein Gut durch Veräusserung erhalten kann oder, da als allgemeiner Wertmesser das Geld gilt, die Summe Geldes, die das Gut bei der Veräusserung bringt, kurz gesagt den Preis. Andererseits kann man aber auch von einem anderen Gesichtspunkte aus von dem Werte als Gebrauchswert sprechen, dann nämlich, wenn man einen Gegenstand nach der Höhe des Vorteils schätzt, den er uns durch seinen fortwährenden Gebrauch gewährt.

Welchen Wert das B. G. B. im § 459 meint, ergiebt ohne weiteres der zweite Teil des Relativsatzes im § 459, da er von dem Gebrauchswert spricht. Wert hat also den Sinn von Tauschwert. In Betracht kommt der Mangel, der eine Aufhebung oder Minderung des Wertes herbeiführt, hauptsächlich

---

[188]) Zweifellos ist damit die falsche, auch schon im gemeinen Recht verlassene Einteilung in Haupt- und Nebenfehler abgelehnt.

bei Handelsgeschäften und bei dem Kaufe von Grundstücken. Hierbei ist die Verkäuflichkeit von besonderer Wichtigkeit. Ein Kaufmann z. B. kauft eine Anzahl Umschlagetücher von einer bestimmten Farbe. Da diese nicht echt ist, verschiessen die Tücher binnen kurzer Zeit. Ihr Gebrauchswert ist der gleiche geblieben. Sie können nach wie vor als Umschlagetücher verwendet werden, ihr Tauschwert hat aber gelitten, da sie nunmehr gar nicht oder doch nur schwer verkäuflich sind.

Das Beispiel zeigt zugleich, dass ein Mangel zwar den Tauschwert verändern, den Gebrauchswert aber unverändert lassen kann. Auch das Umgekehrte kann der Fall sein. Es kauft z. B. jemand ein Pferd und zahlt dafür den angemessenen Preis. Er beabsichtigt, das Pferd in einem Zweigespanne zu verwenden. Das Pferd geht aber nur allein. Der Gebrauchswert des Tieres ist in diesem Falle für ihn gleich null, der Tauschwert des Pferdes braucht aber dadurch nicht beeinträchtigt zu sein, dann nämlich, wenn es, trotz seines Fehlers, zu dem Einkaufspreise verkäuflich bleibt. Das Beispiel betrifft einen Fall, in dem nur der Gebrauchswert durch den Mangel geändert wird. In einer grossen Zahl anderer Fälle übt der Mangel seine Wirkung auf Tausch- und Gebrauchswert. Beispielsweise wenn sich in einem Wohnhause Schwamm findet. Das Haus wird dann nicht vermietet werden können, die bestehenden Mietsverträge können nach § 544 B. G. B. aufgehoben werden. Aber nicht nur der Gebrauchswert, auch der Tauschwert wird von dem Mangel betroffen, da das Haus infolge des Mangels schwer, jedenfalls nur zu einem geringeren Preise als ohne Fehler verkäuflich ist.

Das Gesetz scheidet wieder die Mängel, die den Gebrauchswert treffen, in zwei Arten, je nachdem die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche durch den Fehler beeinflusst wird.

Unter dem gewöhnlichen Gebrauch einer Sache hat man den Gebrauch zu verstehen, den jedermann von einer derartigen Sache macht: eine Lampe gebraucht man zum Leuchten, Kleidungsstücke zum Tragen, einen Wagen zum Fahren. Dagegen ist der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch

derjenige, den jedermann nach dem besonderen Inhalte des Vertrages von der Sache macht. Ein Beispiel. Es kauft jemand vier Schimmel zu dem ausgesprochenen Zwecke, sie als Viergespann zu gebrauchen; nachträglich zeigt es sich, dass eins der Tiere nur allein geht. In diesem Falle ist es zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche nicht zu verwenden. Wie das Beispiel ergiebt, kommt es bei einem solchen Mangel etwa nicht auf die subjektiven Wünsche des Erwerbers an, vielmehr ist der objektive Standpunkt massgebend, dass die Sache in dem Zustande zu gewähren ist, den jedermann nach dem Vertrage voraussetzt. Dass das Gesetz jedes subjektive Motiv habe berücksichtigen wollen, nimmt Crome[189]) an. Er kommt zu diesem Ergebnis mit Rücksicht auf den Entwurf 1. Lesung. § 381 spricht nämlich auch von Mängeln, die die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Zugleich aber hat der Entwurf[190]) die Voraussetzung im Sinne Windscheid's mehrfach gesetzlich anerkannt und nach Windscheid beruht die Haftung mit den ädilicischen Rechtsmitteln auf dem Gedanken der Voraussetzung[191]). Da nun das B. G. B. dieselbe Ausdrucksweise wie der erste Entwurf beibehalten hat, meint Crome, es handele sich auch im B. G. B. bei der Bezeichnung „Voraussetzung" um den Windscheid'schen Begriff. Diese Ansicht ist m. E. irrig. Zuzugeben ist, dass, wenn Crome Recht hätte, sich recht bedenkliche Folgerungen ergeben könnten. Es könnte dann jemand sich darauf berufen, er habe unter der Voraussetzung gekauft, der Gegenstand sei mehr wert, als es wirklich der Fall ist, und dass er deshalb Gewährleistung fordert, obwohl er einen angemessen Preis bezahlt hat. Doch dazu kann es nicht kommen, da der Schluss Crome's nicht zwingend ist. Einmal ist in den Motiven ausgesprochen[192]), dass die Voraussetzung im Sinne Windscheid's nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Fällen Anwendung gefunden habe. Diese einzelnen

---

[189]) Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 78, S. 122 ff.
[190]) Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 1, S. 490.
[191]) Windscheid, Voraussetzung, No. 73.
[192]) Mugdan, a. a. O.

Gesetzesstellen sind aufgezählt. § 381 befindet sich nicht darunter. Crome meint, er sei in den Motiven vergessen worden. Es ist aber nicht ersichtlich, warum gerade dieser einzige Fall hätte vergessen werden sollen. Alle anderen sind erwähnt. Noch durchschlagender aber ist der Umstand, dass der zweite Entwurf[193]) und mit ihm das Gesetz den Begriff der Voraussetzung im Sinne Windscheids beseitigt hat. Allerdings ist es nicht zu leugnen, dass sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten ergeben werden. Denn es kann die Eigenschaft, die den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch ermöglicht, derart in dem Vertrage bedungen sein, dass ihr Fehlen als Fehlen eines essentiale negotii erscheint. Dann finden die Vorschriften über mangelhafte Erfüllung Anwendung. Es kann aber auch der Verkäufer das Vorhandensein dieser besonderen Eigenschaft zugesichert haben. Dann tritt wieder Gewährleistung nach den jetzt zu erörternden Grundsätzen beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften ein.

Dass das B. G. B. auch für die zweite Gruppe von Mängeln, dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften, die Gewährleistungsverbindlichkeit statuiert hat, ist im Anschlusse an das bisherige Recht geschehen,

Der Begriff der Eigenschaft ist dem bisherigen Rechte zu entnehmen. Danach hat man unter Eigenschaften „alle für den Käufer erheblichen Beziehungen einer Sache“[194]) zu verstehen. Zunächst fällt darunter die Fehlerlosigkeit des gekauften Gegenstandes. Man könnte meinen, dadurch, dass der Verkäufer nach § 459 Abs. 1 an sich schon für die Fehlerlosigkeit der Sache zu haften habe, könnte unter Zusicherung einer Eigenschaft nicht die Eigenschaft der Fehlerlosigkeit, sondern nur wertsteigernde Eigenschaften zu rechnen sein. Dass dem nicht so ist, lässt sich einmal daraus folgern, dass Eigenschaft ohne jede Einschränkung gebraucht ist, und ferner daraus, dass dem Käufer durch die Zusicherung besondere Rechte erwachsen[195]). Einmal hat er, wenn die zugesicherte Eigenschaft der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses fehlt,

[193]) Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 1015.
[194]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. 2 § 143, Anm. 5.
[195]) Vgl. Planck, a. a. O. § 459, Note 2b.

ausser den Rechten auf Wandelung oder Minderung einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Dann hat er aber auch die Rechte auf Wandelung und Minderung, selbst wenn durch den Mangel die Fehlerlosigkeit der Sache nur ganz unerheblich beeinträchtigt wird, da sich die Bestimmung über unerhebliche Minderung des Tausch- und Gebrauchswertes nur auf die eigentlichen Fehler bezieht. § 459 Abs. 1. Ferner schützt den Verkäufer nicht einmal der Umstand, dass der Käufer grob fahrlässig die Mangelhaftigkeit nicht anerkannt hat. § 460.

Im übrigen treffen auch alle die Beispiele für die Zusicherung einer Eigenschaft zu, die für das bisherige Recht galten[196]).

Die Eigenschaft muss zugesichert sein. Blosses Anpreisen und Rühmen einer Sache ist keine Zusicherung[197]). Jedenfalls muss sich aus der Zusicherung ergeben, dass es sich um eine ernst gemeinte Willenserklärung handelt.

Die Zusicherung des Vorhandenseins einer Eigenschaft kann eine verschiedene Bedeutung haben. Die Zusicherung kann den Sinn haben, dass die Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden ist und zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein wird. Sie kann aber auch bedeuten, zur Zeit des Kaufabschlusses ist die Eigenschaft zwar noch nicht vorhanden, zur Zeit des Gefahrüberganges aber wird sie vorhanden sein. Beide Arten begründen die Gewährleistungsverbindlichkeit, aber auf die erste Art der Zusicherung ist nur § 460 B. G. B. anwendbar, da sonst im zweiten Falle der Käufer keine Rechte aus der Zusicherung herleiten könnte, nämlich, wenn er das Fehlen der Eigenschaft bei dem Kaufabschlusse kennt.

Die zweite Art der Zusicherung kann auch, ohne die Gewährleistung zu begründen, andere Folgen, nämlich die der mangelhaften Vertragserfüllung, herbeiführen. Das wird dann geschehen, wenn die Verpflichtung des Verkäufers, die bedungene Eigenschaft zu gewähren, derart Vertragsbestandteil

---

196) Vgl. Dernburg, a. a. O.

197) Vgl. z. B. Striethorst, Archiv, Bd. 23, S. 429.

geworden ist, dass die Herstellung der Eigenschaft zur vollständigen Vertragserfüllung gehört. Diese Abrede kann in die Form einer Bedingung gekleidet sein. Es wird z. B. ein Grundstück nur unter der Bedingung gekauft, dass es einen bestimmten Mietsertrag hat. Andererseits kann auch das Grundstück unter Zusicherung eines bestimmten Mietsertrages verkauft werden. Dann finden die §§ 459 ff. Anwendung.

Kraft positiver Vorschrift sind verschiedene Fälle den Regeln über die Zusicherung von Eigenschaften unterstellt. So bestimmt § 468:

> „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem „Käufer eine bestimmte Grösse des Grundstückes zu, „so haftet er für die Grösse wie für eine zugesicherte „Eigenschaft. Der Käufer kann jedoch wegen Mangels „der zugesicherten Grösse Wandelung nur verlangen, „wenn der Mangel so erheblich ist, dass die Er- „füllung des Vertrages für den Käufer kein Inter- „esse hat."

Damit erhält der Käufer die Vorteile, die die Zusicherung einer Eigenschaft verleihen. Der zweite Satz bringt eine notwendige und praktische Einschränkung.

Ferner enthält § 494 die Vorschrift, dass bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen sind.

§ 11. Der entscheidende Zeitpunkt.

Nach § 459 hat das B. G. B. den entscheidenden Zeitpunkt, in dem die Mängel vorhanden sein müssen, in den Zeitpunkt des Gefahrüberganges gelegt[198]). Für den Kauf geht nach § 446 mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer über. Bei dem Kaufe eines Grundstückes trifft der Gefahrübergang nach § 446 Abs. 2 mit der Eintragung in das Grundbuch auch dann zusammen, wenn das Grundstück noch nicht übergeben ist. Ist die Kaufsache

---

[198]) Damit weicht das B. G. B. von dem bisherigen Rechte ab. Dem preuss. Rechte kommt es im Resultat nahe, da bei ihm der entscheidende Zeitpunkt in die Übergabe fällt. Siehe oben S. 27, Anm. 99.

von dem Verkäufer nach einem anderen als den Erfüllungsort übersendet worden, so findet der Gefahrübergang mit der Auslieferung der Sache an den Spediteur oder die Transportanstalt statt. § 447. Durch Annahmeverzug geht nach § 300 Abs. 2 bei Gattungsschulden die Gefahr über[199]). Ist ein Kauf unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, z. B. ein Kauf auf Probe, so tritt der Gefahrübergang erst mit Eintritt der Bedingung ein. Denn nach § 446 ist nur dann der Verkäufer von der Gefahrtragung befreit, wenn eine verkaufte Sache übergeben wird. Nach § 158 erhält aber der Vertrag erst seine Wirksamkeit, die Sache wird zur verkauften, mit dem Eintritte der Bedingung.

Anders verhält es sich bei einem auflösend bedingten Kaufe. Hier besteht der Kauf bis zum Eintritt der Bedingung. § 158 Abs. 2. Die allgemeinen Sätze der §§ 446, 447, 300 Abs. 2 B. G. B., 373 H. G. B. sind also anzuwenden. Ebenso ist der Fall zu beurteilen, dass eine Sache unbedingt verkauft, das Eigentum an ihr aber dem Verkäufer vorbehalten wird[200]).

In entsprechender Weise gelten diese Sätze auch für die Verträge nach 493 B. G. B.

Für den Werkvertrag ist im § 644 in Verbindung mit § 640 die besondere Anordnung getroffen, dass die Gefahr mit Abnahme des Werkes den Besteller trifft. Für die Versendung des Werkes gilt Entsprechendes wie für den Kauf, §§ 644 Abs. 2, 447. Für den Werklieferungsvertrag kommen, je nachdem er über vertretbare oder nicht vertretbare Sachen geschlossen ist, die Bestimmungen über den Kauf oder Werkvertrag in Betracht.

Die Bedeutung des entscheidenden Zeitpunktes besteht vornehmlich darin, einen bestimmten Punkt zu bezeichnen, in

---

[199]) Für den Handelskauf gelten entsprechend die obigen Grundsätze. Doch kann auch die Gefahr durch den Annahmeverzug beim Specieskauf auf den Käufer übergehen, wenn der Verkäufer gemäss § 373 Abs. 1 H. G. B. hinterlegt und auf die Rücknahme der hinterlegten Sache gemäss § 376 Abs. 2, Z. 1 B. G. B. verzichtet § 378 B. G. B.

[200]) Der Vertrag ist in diesem Falle unbedingt, nur die Eigentumsübertragung ist bedingt § 455.

dem die Mängel vorhanden sein müssen, wenn die Gewährleistungsverbindlichkeit entstehen soll. Sind Mängel vor jenem Zeitpunkt vorhanden und kennt sie der Käufer nicht[201]), so kann er bei der Übergabe der Kaufsache alle Rechte aus der mangelhaften Erfüllung geltend machen. Nimmt er die Sache unter Vorbehalt an, so stehen ihm die Rechte aus der Gewährleistung zu.

Durch den Zeitpunkt des Gefahrüberganges wird aber auch zugleich die Grenze der Haftung des Verkäufers gegeben. Entstehen nämlich Mängel erst nach diesem Zeitpunkte, so haftet der Verkäufer nicht mehr. Es kann aber der Verkäufer haftbar gemacht werden, wenn die Mängel zwar nicht später entstehen, aber erst später hervortreten, sobald sie nur schon im entscheidenden Zeitpunkte vorhanden gewesen sind[202]). Eine Pflicht zur Untersuchung der Sache und eventuellen Rüge ihrer mangelhaften Beschaffenheit besteht für den Käufer nicht. Doch wird die Unsicherheit des Verkehres, die durch späte Geltendmachung der Mängel entstehen könnte, dadurch beseitigt, dass die Rechte aus der Gewährleistung binnen kurzer Frist verjähren und ohne Anzeige dem Käufer keine Einrede nach der Verjährung zusteht. Andere Vorschriften enthält das H. G. B., aber nur für den Kauf, der auf beiden Seiten Handelsgeschäft ist. Da es sich in diesem Falle nur um Kaufleute handelt, ist es mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Handelsverkehre dem Käufer zur Pflicht gemacht, die Ware unverzüglich nach Ablieferung durch den Verkäufer, soweit das nach ordnungsmässigem Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Die Ware gilt als genehmigt, wenn der Käufer die Anzeige unterlässt. Handelt es sich um einen Mangel, der nicht sofort erkennbar ist, so tritt die Anzeigepflicht ein, sobald der Mangel entdeckt wird. Die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt. Die Haftung des Verkäufers bei Arglist bleibt aber stets bestehen. § 377 H. G. B.[203]).

---

[201]) Kennt der Käufer die Mängel beim Abschlusse des Kaufes, so hat er, wenn nicht die Herstellung einer Eigenschaft zugesichert wird, gar keine Rechte § 460.

[202]) Die Beweislast trifft den Käufer.

[203]) Von besonderer Wichtigkeit ist die Neuerung, dass es nicht

§ 12. Umstände, die die Gewährleistung ausschliessen.

Wie schon in der Vorbemerkung erwähnt, giebt es eine Anzahl Umstände, deren Vorhandensein die Gewährleistung ausschliesst. Ihr Fehlen ist also Vorbedingung der Rechte auf Wandelung und Minderung.

1. Die Vorschriften der §§ 459 ff. sind nur dispositiver Natur. Die Parteien können über die Gestaltung der Gewährleistung einen besonderen Vertrag schliessen. Der Inhalt kann sich darauf erstrecken, dass die Haftung des Verkäufers erlassen, beschränkt oder erweitert wird. In den beiden ersten Fällen ist nach § 476 der Vertrag nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.
2. Der Käufer verliert seine Rechte, wenn er eine mangelhafte Sache annimmt, deren Mangel bemerkt, sich aber seine Rechte nicht vorbehält. § 464. Die Sache gilt alsdann trotz des Mangels als genehmigt[204]). Voraussetzung ist also hier der Vorbehalt der Rechte.
3. § 460 ordnet an:

> „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat."

In dem ersten Satze dieses Paragraphen ist ausgesprochen, dass dem Käufer die Rechte auf Wandelung und Minderung nicht zustehen, wenn er den Mangel beim Kaufabschlusse kennt. Unter Mangel sind sowohl Fehler der § 459 Abs. 1 gekennzeichneten Art als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu ver-

---

mehr darauf ankommt, ob ein Platz- oder Distanzgeschäft vorliegt wie im alten H. G. B. Vgl. oben § 5, S. 29.

[204]) Vgl. oben S. 17, Anm. 48.

stehen. Hinsichtlich der letzteren Art Mängel bedarf aber der Satz des § 460 Satz 1 insofern einer Einschränkung, als es möglich ist, dass der Käufer beim Abschlusse des Kaufvertrages sehr wohl weiss, dass der Sache die zugesicherte Eigenschaft fehlt, dass er sich aber gerade mit Rücksicht hierauf die Zusicherung geben lässt, um zur Zeit des Gefahrüberganges die Sache mit der Eigenschaft zu erhalten.

Der Kenntnis des Mangels durch den Käufer ist im Satz 2 das Nichterkennen in Folge von grober Fahrlässigkeit gleichgestellt, aber nur, wenn es sich um eigentliche Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 handelt[205]). Hat der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft zugesichert oder einen Fehler arglistig verschwiegen, so haftet er trotz der groben Fahrlässigkeit des Käufers. Das B. G. B. hat im Gegensatze zu dem Entwurfe 1. Lesung (§ 144) den Begriff der „groben Fahrlässigkeit" nicht definiert. Dagegen enthält § 276 B. G. B. eine Definition der Fahrlässigkeit. Danach ist Fahrlässigkeit das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Grobe Fahrlässigkeit ist demnach die besonders grobe Verletzung dieser Sorgfalt. Den Massstab muss die allgemeine Anschauung bilden.

4. Eine Ausschliessung der Rechte aus der Gewährleistung findet ferner bei Fehlern gemäss § 459 Abs. 1 statt, wenn der Mangel nur eine unerhebliche

---

[205]) Der Teilentwurf § 24 liess den Verkäufer schon nicht mehr haften, wenn der Käufer einen Fehler aus Fahrlässigkeit nicht bemerkte. Der erste Entwurf § 382 verfiel ins entgegengesetzte Extrem: der Verkäufer sollte selbst haften, wenn dem Käufer Fehler aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben waren. Auf die berechtigte Kritik namentlich Laband's im Archiv für die civ. Praxis, Bd. 74, S. 31 ff., der besonders hervorhob, der Verkäufer könne einen Fehler nicht erwähnt haben, weil er so offensichtlich gewesen sei, dass ihn jedermann habe erkennen müssen, wurde der Paragraph im zweiten Entwurf dahin geändert, dass der Verkäufer bei grober Fahrlässigkeit des Käufers nur im Falle seiner eigenen Arglist haften solle. Das ist Gesetz geworden. M. E. hätte man die Bestimmung schon für den Fall der Fahrlässigkeit des Käufers treffen sollen.

Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit bewirkt. Der Rechte auf Wandelung und Minderung kann sich der Käufer bei Fehlern also nur bedienen, sobald der Fehler den Tausch- und Gebrauchswert in erheblicher Weise beeinträchtigt[206]).

5. Schliesslich fallen die Rechte auf Wandelung und Minderung, gleichgültig, um welche Art Mängel es sich handelt, fort, wenn sie verjährt sind. Wie schon früher erwähnt[207]), sind die Rechte, gerade um die Vorschriften über die Verjährung zur Anwendung zu bringen, als Ansprüche konstruiert. Doch sind besondere Vorschriften gegeben. Zunächst sind die Verjährungsfristen besonders kurz normiert, so läuft die Verjährung bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Diese Zeitpunkte sind als Beginn der Verjährung angenommen worden, weil erst mit ihrem Eintritt der Käufer die Möglichkeit erlangt, die Sachen zu untersuchen und Mängel zu entdecken. Für die Verjährung gelten im übrigen die allgemeinen Grundsätze der §§ 202 ff. Als neuer Unterbrechungsgrund der Verjährung ist die gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises bestimmt[208]). Die analoge Anwendung der §§ 211 Abs. 2 und 212 auf diesen Unterbrechungsgrund ist angeordnet. D. h. wenn das Beweisaufnahmeverfahren ruht oder nicht betrieben wird, hört die Unterbrechung mit der letzten Prozesshandlung des Gerichtes oder der Parteien auf, und es beginnt eine neue Verjährung zu laufen. Ebenso endigt die Unterbrechung durch Zurücknahme des Antrages auf Beweisaufnahme, wenn der Antrag nicht binnen sechs Monaten erneuert wird. Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der Rechte bewirkt auch Hemmung und Unter-

---

[206]) Anders bei der Zusicherung von Eigenschaften. Vgl. oben S. 86.
[207]) Siehe S. 40.
[208]) S. oben Anm. 165, S. 41.

brechung des anderen. Abweichend von den allgemeinen Vorschriften (§ 225) kann die Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden[209]).

Dritter Abschnitt.

§ 13. Die Besonderheiten bei Vertretung von Viehmängeln.

Die Besonderheiten, die das B. G. B. in seinen §§ 482 bis 492 für die Gewährleistung von Viehmängeln enthält finden ihre Erklärung darin, dass man bei Abfassung des Gesetzes im Anschlusse an die zahlreichen Partikulargesetze für den Viehhandel auf altdeutschrechtliche Gesichtspunkte zurückging[210]). Das Prinzip, das man zu Grunde legte, war folgendes. Zu Gunsten des Käufers, der nur das Recht auf Wandelung hat, wird, wenn sich bestimmte Mängel innerhalb einer bestimmten Zeit zeigen, bis zum Beweise des Gegenteils vermutet, dass die Mängel bereits zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen seien. Man hat sich für diese Art der Regelung aus folgenden Erwägungen entschieden[211]). Man habe es mit lebenden Wesen zu thun, die sich jeden Augenblick ohne merkliche Ursache ändern könnten. Der Käufer von Vieh übernehme daher eine besonders grosse Gefahr, die man aber nicht ohne weiteres dem Verkäufer aufbürden dürfe. Doch müsse man die Gefahr in etwas zu verringern suchen, und dies geschehe, indem man dem Verkäufer die Haftung für gewisse innerhalb kürzerer Frist auftretende Krankheiten auferlege[212]). Damit sei erreicht, dass der Verkäufer genau

---

[209]) Ebenso beim Werkvertrag. S. oben S. 47.

[210]) Siehe oben S. 18, 19.

[211]) Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 138, 688.

[212]) Die Gründe für die Ablehnung des römischen und gemischten Prinzipes siehe bei Mugdan, a. a. O., S. 138, 688, 689. — Gegen die jetzt Gesetz gewordene Regelung haben sich die Tierärzte erklärt. Vgl. gutachtliche Aeusserungen zu den §§ 399, 400. Sie hielten die Aufstellung einer erschöpfenden Hauptmängel- und Gewährfristenliste für unmöglich. Dieser Einwand mag berechtigt sein. Die Schwierigkeiten werden aber einigermassen beseitigt dadurch, dass die Liste nicht gesetzlich festgelegt worden ist, sondern die Form einer Kaiserlichen Verordnung erhalten hat.

wüsste, wofür und wie lange er zu haften habe, der Käufer andererseits durch Präsumtionen vor Beweisschwierigkeiten geschützt sei. Bei diesem Rechtszustand sei nicht nur grössere Sicherheit des Verkehres, sondern auch eine Steigerung des in- und ausländischen Handels zu erwarten, da auch im Auslande für den Viehhandel ähnliche, auf altdeutsches Recht zurückzuführende Grundsätze beständen[213]).

Im Einzelnen ergiebt sich nun folgende Regelung[214]). Die besonderen Vorschriften der §§ 482—492 kommen nur zur Anwendung, wenn es sich um Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, Rindvieh, Schafe und Schweine handelt. Die Gewährleistung wegen Mängel anderer Tiere bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Die Auswahl rechtfertigt sich im Hinblick auf den Handel. Gerade die genannten Tiere bilden hauptsächlich den Gegenstand des Viehhandels. Ziegen, die doch auch, wenn auch seltener, gehandelt werden, sind mit Absicht nicht erwähnt worden. Die Motive[215]) berufen sich darauf, dass kein einziges der zahlreichen deutschen Partikulargesetze Ziegen berücksichtigt, und schliessen daraus, dass ein Bedürfnis, auch die Ziegen der Sonderregelung zu unterwerfen, nicht vorliegt.

Dem Käufer steht nur das Recht auf Wandelung zu. § 487 Abs. 1. Der Inhalt des Rechtes bestimmt sich nach den allgemeinen Gewährleistungssätzen nach § 481, da die §§ 459—480 nur insoweit auf den Viehhandel nicht anzuwenden sind, als die §§ 482 ff. von ihnen abweichen. Im Gegensatze zu dem gewöhnlichen Inhalte des Wandelungsrechtes kann beim Viehkauf auch dann Wandelung verlangt werden, wenn der Käufer eine wesentliche Verschlechterung oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe des Tieres verschuldet oder durch Verarbeitung oder Umbildung das Tier,

---

Damit ist die Möglichkeit eines Anschlusses an die Fortschritte der Wissenschaft gewährleistet und es können Krankheiten, die sich als Hauptmängel erweisen, leicht in die Liste aufgenommen werden.

[213]) Vgl. oben § 5 und Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 688.

[214]) Auch bei Handelsgeschäften greifen die Normen über Viehmängel gemäss § 382 H. G. B. Platz.

[215]) Vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. 2, S. 139.

indem er es z. B. geschlachtet, das Fleisch zu Würsten, die Haut zu Leder verwendet hat, zu einer Sache anderer Art gemacht hat. Ebenso ist das Wandelungsrecht gegeben, wenn diese Umstände bei dem Dritten eingetreten sind, dem der Käufer das Tier weiter veräussert oder zu dessen Gunsten er das Tier mit einem Rechte belastet hat[216]). In diesen Fällen hat der Käufer an Stelle der Rückgewähr den Wert des Tieres zu ersetzen. Hat der Käufer vor Vollziehung der Wandelung nur eine unwesentliche Verschlechterung des Tieres verschuldet, so braucht er nur dem Verkäufer die entstandene Wertverminderung zu vergüten. Der Käufer hat endlich nur die gezogenen Nutzungen des Tieres zu ersetzen. Dagegen hat er gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Zahlung der Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres. § 488. Beiden Parteien ist im § 489 im Falle eines Rechtsstreits über das Recht der Wandelung das Recht gegeben, durch Antrag auf eine einstweilige Verfügung die öffentliche Versteigerung des Tieres und die Hinterlegung des Erlöses herbeizuführen, um die Kosten der Fütterung u. s. w. nicht allzuhoch anwachsen zu lassen. Auch nach Verjährung des Rechtes auf Wandelung kann der Käufer die Wandelung einredeweise geltend machen[217]). § 490 Abs. 3.

Was nun die einzelnen besonderen Voraussetzungen, die für die Vertretung von Viehmängeln bei den eingangs dieses Paragraphen aufgezählten Tieren gelten, betrifft, so ist zunächst festzuhalten, dass nur für ganz bestimmte Fehler, sogenannte Hauptmängel, zu haften ist, und zwar nur dann, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen, der Gewährfristen, zeigen. § 482 Abs. 1. Um den Fortschritten der Tierarzneikunde im Verein mit den Anschauungen des Verkehres gerecht zu werden, ist die Liste der Hauptmängel und Gewährfristen nicht

---

[216]) § 487 B. G. B.

[217]) Eine besondere Anzeige wie sonst bei der Einrede ist nicht vorgeschrieben, da für die hier in Betracht kommende Einrede die gleichen Voraussetzungen, wie für das Wandelungsrecht, d. h. also Anzeigepflicht des Käufers, gelten.

gesetzlich festgelegt, vielmehr ihre Feststellung einer mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassenden Kaiserlichen Verordnung mit Rücksicht auf ihre leichte Abänderlichkeit überlassen. § 482 Abs. 2. Diese Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel ist unter dem 27. März 1899 erlassen worden. Sie enthält zwei Paragraphen. Der erste umfasst die Hauptmängel der Nutz- und Zuchttiere, der zweite die der Schlachttiere. Diese Scheidung ist nach den Motiven[218]) deshalb vorgenommen worden, weil Fehler, die den Tausch- und Gebrauchswert der ersten Art Tiere aufheben oder mindern, häufig nicht „die Geniessbarkeit des Fleisches wesentlich beeinträchtigen". Kann ein Tier zu beiden Tiersorten gerechnet werden, so kommt es auf die Absicht beim Abschlusse des Vertrages an[219]).

Der Beginn der Gewährfrist ist in den Ablauf des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht, gelegt[220]). Ihre Verlängerung oder Abkürzung durch Vertrag ist nach § 486 zugelassen. Die Bedeutung der Gewährfrist besteht vornehmlich darin, dass durch das Hervortreten eines Hauptmangels während der Frist die Vermutung begründet wird, dass der Mangel schon zur entscheidenden Zeit, zur Zeit des Gefahrüberganges, vorhanden gewesen ist. § 484. Der Käufer verliert aber diese Rechtsvermutung und nicht nur sie allein, sondern sämtliche Rechte, also auch das Recht und die Einrede der Wandelung, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder im Falle der Tötung oder des Verendens des Tieres vor dem Ablaufe der Frist nach dem Tode den Mangel dem Verkäufer anzeigt oder die Anzeige an ihn absendet. Der Anzeige sind die Klageerhebung, die Streitverkündung und die gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises gleichgestellt. § 485. Nur die Arglist des Verkäufers hindert den Rechtsverlust.

Nach § 490 verjährt das Recht auf Wandelung schon in sechs Wochen von dem Ende der Gewährfrist an.

---

[218]) Abgedruckt im deutschen Reichsanzeiger Nr. 130 vom 5. Juni 1899.

[219]) Welche Erwägungen für die Auswahl der einzelnen Hauptmängel bestimmend gewesen sind, ergeben ebenfalls die Motive. Vgl. die vor. Anm.

[220]) § 483 B. G. B.

Durch § 492 ist es der Parteivereinbarung überlassen, die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder wegen der Zusicherung einer Eigenschaft auszumachen. Es finden alsdann die §§ 487—491 und, falls eine Gewährfrist vereinbart ist, auch die §§ 483—485 entsprechende Anwendung. Die Verjährung beginnt in einem solchen Falle, wenn keine Gewährfrist vereinbart ist, mit der Ablieferung des Tieres.

Lebenslauf.

Ich, Max Steinitz, geboren zu Breslau am 22. August 1875, als Sohn des Kaufmanns Nathan Steinitz und dessen Ehefrau Lina geborenen Manasse daselbst, erhielt meine Schulbildung auf dem städtischen Gymnasium zu St. Elisabeth, welches ich Ostern 1894 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte darauf die Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Breslau und besuchte dort die Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren:

Beling, Bennecke, Brie, Dahn, Elster, Fischer, Leonhard, Schott, Schulze, Sombart, Wlassak,

denen ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank ausspreche.

Ganz besonders bin ich Herrn Professor Dr. Fischer für seine wertvollen Winke bei Anfertigung dieser im Anschluss an das von ihm geleitete civilistische Seminar entstandenen Arbeit zu Dank verpflichtet.

Am 2. Juli 1897 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 5. Juli 1897 das examen rigorosum. Seitdem bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Thesen.

1. Die landesgesetzlichen Lotterieverbote werden durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht berührt.
2. § 36 der Geschäftsordnung für den Deutschen Reichstag ist gegenüber Art. 22 der Verfassung des Deutschen Reiches rechtsunwirksam.
3. Die Prozessvollmacht ermächtigt nicht zur Aufrechnung.
4. Notwehr ist auch einem Unzurechnungsfähigen gegenüber zulässig.